

Ulrich KRICHEL

Alman Metal Sanayi İşverenleri Sendikası (Gesamtmetall) Avukatı

Alman İş Hukukunda İşyeri Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlerle Fesih ve Sosyal Tercih

1. Yasal İş Güvencesinin Genel Esasları

Almanya'da çalışanlar sosyal açıdan geçerli olmayan fesihlere karşı yasal olarak korunmuşlardır. 1951 yılından beri yürürlükte olan ve 1969 yılında yenilenen ve bu tarihten sonra birçok defa değiştirilen İş Güvencesi Yasası (Feshe karşı koruma, iş güvencesi anlamında kullanılıyor), ayrıntıları düzenlemektedir.

Yasal iş güvencesi, 10 kişiden fazla işçi çalıştıran işletme veya işyerlerinde kesintisiz 6 aylık kıdemi olan bütün çalışanlar için geçerlidir (İGY. m.1/7).

Sık ve uzun süreli iş göremezliğe yol açan hastalık gibi işçinin kendisinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin ihlal edilmesi gibi işçinin davranışından veya işletmeden kaynaklanan nedenlere dayanılmaksızın yapılan bir fesih, sosyal açıdan geçerli değildir.

Kural olarak davranıştan kaynaklanan fesihlerde fesihden önce ihtar gereklidir. İhtarın amacı, görev ihlalinin devamı halinde iş ilişkisinin devamlılığının tehlikeye gireceği konusunda çalışana uyaraktır.

İşyeri işçi konseyi "Betriebsrat" bulunduğu takdirde, bunun fesihden önce dinlenmesi gerekir (İşyeri Temel Kurulu Yasası m.102). İşyeri işçi konse-

yine fesih nedenleri bildirilmelidir. İşyeri işçi konseyinin dinlenmemesi veya yeterince dinlenmemesi sonucu yapılacak fesih hükümsüzdür.

Fesih, yazılı olarak açıklanmak zorundadır (Alman Medeni Kanunu m.623). Aksi takdirde, yapılacak fesih hükümsüz olacaktır.

Bununla beraber toplu iş sözleşmesiyle, yasayla (Alman MK. m.622) veya bireysel iş sözleşmesiyle belirlenmiş feshi ihbar süresine de uyulmalıdır. Feshi ihbar süresine uyulmamasına rağmen fesih geçerlidir, ancak fesih, ihbar süresinin dolmasıyla geçerlilik kazanır. Hakkı nedenle süresiz fesih de bulunulabilir. Ancak, bu durumda fesih sebebinin işverenden feshi ihbar süresinin geçmesini beklemesinin istenemeyeceği ağırlıkta olması gereklidir.

İş güvencesi kapsamı dışındaki 6 aylık kıdemi dolmamış işçiler ve küçük ölçekli işletmelerde istihdam edilen çalışanlar feshe karşı tamamen korumasız değildir. Yargı kararları burada da keyfi ve olaya yabancı saiklere dayanan fesihlere karşı koruma sağlar.

Belirli işçi grupları artan koruma ihtiyacı nedeniyle özel iş güvencesine tabidir. Bu gruba yürürlükteki toplu iş sözleşmesine göre iş sözleşmeleri feshi ihbar suretiyle sona erdirilemeyecek olan özellikle hamile ve doğum yapmış anneler ile çocuk yetiştirme süresi içindeki çalışanlar, özürli çalışanlar, işyeri işletme konseyi üyeleri ve yaşlı işçi-

İşveren, iş sözleşmesini işletme gereklerinden kaynaklanan nedenlerle feshettiği takdirde, fesih bildiriminde işletme gereklerine değinmek ve davadan feragat karşılığında işçiye tazminat teklif etmek imkânına sahiptir.

ler girmektedir. Bu çalışanların iş sözleşmelerinin feshi, ancak özel neden veya yetkili makamın izni bulunduğu takdirde geçerlidir. Ayrıntılar, özel yasalarda düzenlenmiştir.

Feshin geçersizliğine itiraz etmek isteyen işçi yazılı fesih bildiriminin kendisine ulaşmasından itibaren üç hafta içinde iş mahkemesine dava açmalıdır (İGY. m.4).

İşveren, iş sözleşmesini işletme gereklerinden kaynaklanan nedenlerle feshettiği takdirde, fesih bildiriminde işletme gereklerine değinmek ve davadan feragat karşılığında işçiye tazminat teklif etmek imkânına sahiptir (İGY m.1a). Bunun üzerine, işçi dava açmazsa her kıdem yılı için aylık kazancının yarısı tutarındaki bir tazminatı talep edebilir.

Bunun dışında, yasal tazminat ödeme yükümü, sadece feshin geçersiz olması, ancak işçinin veya işverenin talebi üzerine iş mahkemesinin iş ilişkisini sonlandırması halinde vardır. (İGY. m.9). İş ilişkisinin devamı kendisinden beklenilmediğinde işçi, bu talebini gerçekleştirebilir. İşçi ile işveren arasındaki işbirliğinin işyeri amaçları doğrultusunda devam etmesinin beklenilemeyeceği nedenlerin varlığı halinde, işveren iş ilişkisinin sonlandırılmasını izleyebilir. Bunun dışında işyeri işletme konseyi ile beraber kararlaştırılan sosyal plandan tazminat talebi doğabilir (İşyeri Temel Kuruluş Yasası m.112). Sosyal plan, işletme değişikliğinin söz konusu olması durumunda yapılabilir. İşçiler veya işçilerin önemli bir bölümü için esasen sakıncalar yaratabilecek bir işyeri değişikliği durumunda, bir sosyal planın yapılması gerekir. Nihayet hangi işletme önlemlerinin işyeri değişikliğini gerektirdiğini düzenlemektedir (İşyeri Temel Kuruluş Yasası m.111) Toplu işçi çıkarmalar da buna dahildir.

2. İşyeri Gerekerinden Kaynaklanan Fesih

İşyeri gereklerine bağlı fesih ancak acil işyeri gerekleri işçinin işyerinde istihdamının sürdürülmesine karşı durduğunda yapılabilir (İGY m.1/II).

a) İşletmesel Karar

İşyeri gereklerine bağlı olarak yapılan fesih nedenleri; sipariş azlığı, satışta yaşanan zorluklar, kâr düşüşleri, rasyonalizasyon tedbirleri yapısal değişiklikler ve işletme sınırlamaları veya işletmenin kapatılmasıdır. Ancak tek başına ekonomik gelişmeler, işyeri gereklerine bağlı fesih ihtiyacına gerekçe oluşturmaz. Buna ilaveten işletmede istihdamın azaltılması ihtiyacına götüren bir işletme kararı gerekmektedir. İşverenin organizasyon kararı sonucunda işgücü fazlalığı oluşması ve bunun sonucunda dolaylı veya dolaysız bir veya birden fazla işçinin istihdamının devamlılığına ihtiyaç kalmamış olması gerekir. İş mahkemesi, feshe karşı koruma davasında, kararın amaca uygunluğunu denetleyemez. Mahkeme, işletmesel karar verme özgürlüğüne saygı duymak zorundadır. İş Mahkemesinin, sadece işyeri kararının olayla ilgili olup olmadığı, sağduyulu bulunup bulunmadığı ve keyfi olup olmadığı hakkındaki kötü niyet denetimini yapmasına izin verilmiştir. Bir taraftan işyerindeki personelin özellikle akdi iş süresinin yasal olmayan fazla çalışma ve çalışmaya devam ettirilen işçilerin, akdi iş sürelerinin artırılması suretiyle haksız aşırı yüklenmesine yol açacak işyeri gereklerine dayalı fesihten kaçınılmalıdır. Diğer taraftan, işletmesel kararının istihdam ihtiyacı ve imkânı olmasına rağmen işçinin işyerinden uzaklaştırılmasına bahane olarak kullanılması önlenmelidir. Bu nedenle, personel giderlerini kısmayı düşünen işveren organizasyon kararının uygulanabilirliğini ve sürdürülebilirliğini, yani kalıcılığını gerekçelendirmek zorundadır. İşyerinde istihdam ihtiyacı bulunmamalıdır.

b) İşe İade Olanığı

Çalışan, istihdam edildiği işyerindeki başka bir işte veya işletmenin (yani, sözgelimi limited veya anonim şirketin) başka bir işyerinde istihdam edilmesi olanağı bulunduğu halde sadece işyerindeki kadrosunun ortadan kalkması nedeniyle sözleşme-

sinin feshedilmesi, feshi haklı kılmaz. Her ne kadar Yasa ayrıca işyeri işçi konseyinin feshe karşı çıkmasını arıyorsa da; yargı kararları, işyeri işçi konseyinin karşı çıkmaması veya işyeri işçi konseyinin seçilmemiş olması durumunda iş sözleşmesinin feshini işçinin başka bir işte istihdam olanağının bulunması nedeniyle geçersiz kabul etmektedir. Yargı kararlarına göre; işyerlerinde feshi gerektiren bir zorunluluk, işveren için ancak başka teknik, örgütsel veya ekonomik tedbirlerle feshi önlemek mümkün olmadığında söz konusudur. Fesih gereksinimi işçinin başka bir işyerinde istihdamının sürdürülmesi olanağının bulunması durumunda yoktur.

Buna göre; işçiye daha yüksek bir mevkideki boş bir işte istihdam olunması teklif edilmek zorunda değildir. Bunun dışında kural olarak, boş bir işin emsal eşdeğer olup olmaması önem taşımamaktadır. Yargı kararında tamamen daha alt düzeyde bir işte istihdam teklifi ancak son sınırdaki durumlarda (sözgelimi, tamamen alt seviyede bir mevkide istihdam) açıkça belli olduğunda yapılmayabilir. Boş kadro eşdeğer olmadığı takdirde işveren işçiyle fesih öncesi uzlaşma çözümü arayabilir. Yeni yargı kararları, işçinin teklifi kabul etmemesi halinde işverenin “Değişiklik Feshi”ne gitmesini öngörür. “Değişiklik Feshi” değişik şartlarla yeni bir iş sözleşmesi yapılması amacıyla iş sözleşmesini sonlandıran bir fesihtir (İGY m.2). İşçi işverenin yaptığı bu teklifi tekrar reddedebilir. Bu durumda, iş ilişkisi fesih yoluyla sona erer. İşçinin teklifi kabul etmesi halinde, iş ilişkisi değişen şartlar doğrultusunda devam eder. Ancak işçi, sözleşme değişikliğinin uygunluğunun mahkemece kontrol edilmesi şartıyla da değişiklik feshini kabul edebilir. Değişiklik feshi teklif edilmeksizin sözleşmenin hemen sonlandırılması, ancak çalışanın daha önce yapılan değişiklik teklifini kesinlikle ve nihai şekilde geri çevirmesi durumunda mümkündür. İşçinin değişiklik feshi sonucu oluşacak çalışma şartlarını herhangi bir tereddüde yer vermeksizin kabul etmemiş olması gerekmektedir. İşveren, işçiye sözleşme değişikliği konusunda görüşme teklif etmeksizin, değişiklik feshinde bulunabilir. Yargı kararlarıyla belirlenen bu esaslar, gerekli personel daraltılması önlemlerinde gecikmelere neden olabilmektedir.

İşçinin şirket alanı içinde istihdam edilmesi, iş

İşveren, işçiye sözleşme değişikliği konusunda görüşme teklif etmeksizin, değişiklik feshinde bulunabilir.

sözleşmesiyle işletmelerarası nakil yapılmasını kabul etmesi veya işverene başka bir işyerinde istihdam için nakle onay vermesi ya da taahhütte bulunması haricinde, işçiye şirkete ait başka bir işyerindeki boş bir işte istihdam teklif edilmek zorunda değildir.

Şayet işçinin kendisinden beklenilebilen başka bir dalda eğitim alması ya da alanında kendisini geliştirmeye yönelik eğitim alması halinde boş bir işte istihdam edilebiliyorsa, yapılan fesih geçerli değildir.

3. Sosyal Seçim (Sozialauswahl)= Sosyal Tercih

İşyeri gereklerine bağlı olarak yapılacak feshlerde, iş sözleşmesi feshedilecek işçi sayısının fazla olması halinde, işveren işçi seçiminde sosyal seçim kriterlerini dikkate almak zorundadır (İGY m.1/III). Fesih yapılacak işçiler arasında, işyerinde daha az ihtiyaç duyulan işçiler önceliklidir.

a) Dahil Edilecek Çalışanlar

Sosyal seçime sadece feshin yapılması düşünülen işletmede istihdam edilen işçiler dahil edilir. Bu seçime işletmeye dahil diğer işyerleri veya şirketler dahil edilmez. Bu durum, işverenin iş sözleşmesi ile işçiyi başka bir işletmeye nakil etme hakkını saklı tutması hali için de geçerlidir. Bu bakımdan, işletme ile bağlantılı sosyal seçim ve işyeri ile bağlantılı boş bir işte istihdamın devam edebilirliği arasında karar verilmelidir. Bütün işletmelerdeki işleri kapsayacak sosyal seçim yapılması halinde, diğer işyerlerindeki istihdamın işletmeden kaynaklanan nedenlere bağlı olmaksızın feshedilmesi gerekecektir. Bu, yasal olmayacaktır.

Faaliyetleri ve vasıflarına göre değiştirilebilen işçiler işletmede sosyal seçime dahil edilirler. Bu şart, kısa alıştırma devresi gerektiren durumlar için de geçerlidir. Ancak değiştirilebilirlik konusunda işveren işçiyi tek taraflı olarak diğer bir işyerinde istihdam edememektedir. Karşılaştırılabilecek işçi-

ler işyerinin aynı hiyerarşi düzeyinde yer alan işçilerdir. Örneğin, işyerindeki işi ortadan kalkan üst hiyerarşide bulunan bir bölüm yöneticisi, şube şefi gibi daha düşük bir hiyerarşide yer alan işçilerin sosyal seçime dahil edilmelerini talep edemez. Bu durum, tersi için de geçerlidir.

Farklı uzunluktaki çalışma sürelerine sahip işçilerin hangi ölçüde sosyal seçime dahil edileceği sorunu, yargı kararlarına göre ayırt edilmelidir. Tam süreli ve kısmi süreli işçilerin benzer faaliyeti yerine getirmesi halinde ve işveren toplam çalışma hacmini kısmak istediğinde işçiler kişisel çalışma sürelerinden bağımsız olarak sosyal seçime dahil edilir. İşveren, sosyal seçim için hazırlanan sıralamada en az korumaya ihtiyacı olan işçilerden başlayarak azaltılacak çalışma hacmine ulaşana kadar gerekli ölçüde fesihle bulunacaktır. Buna karşılık, işletmede çalışma sürelerinin farklılaştırılmasına makul bir genel düşünce temel oluşturduğu takdirde, işçiler değiştirilebilir değildir. Bu durum, örneğin, her bir işçinin farklı bir konuda faaliyet göstermesi ve çalışma sürelerinin her bir konu için farklılık göstermesi halidir.

Özel bir iş güvencesine tabi olan işçiler, sosyal seçime dahil edilmez. Özel iş güvencesinin yargı kararını takip eden yakın bir zamanda sona ermesi halinde de, bu durum geçerliliğini korur. Genel iş güvencesi kapsamındaki işçiler ile iş güvencesi kapsamı içinde yer alabilmek için 6 aylık kıdem şartını yerine getirmeyen işçiler de, karşılaştırılabilir değildir. Son belirtilenlerin sözleşmesi, öncelikli olarak feshedilecektir.

b) Tercih Esasları

Yasa tarafından sosyal tercih için emredici biçimde öngörülmüş kriterler; kıdem süresi, yaş, bakma yükümlülüğü ve işçinin özürü olup olmadığıdır. Bu kriterlerin nasıl dengeleneceğini yasa

Geçerli fesihler için yasa ve mahkeme kararları tarafından aranan zor koşullar, hukuken güvenli fesihleri önemli ölçüde zorlaştırmakta ve sonuçta istihdamı engellemektedir.

belirlemez. İşveren, seçim yaparken sosyal yönleri “yeterince” dikkate almalıdır. Bu yüzden; işveren, kriterlerin dengelenmesinde bir değerlendirme hareket alanına sahiptir. İşveren kriterler arasında destekleyici ilişkiler kurmalıdır. Fesihden muaf tutulan işçiye göre daha fazla korumaya ihtiyacı olan işçiler, sosyal tercihin yanlış yapıldığını başarıyla ileri sürebilirler.

Yargı kararları, sosyal tercihin kolaylaştırılması için bir puan cetvelinin kullanılmasına izin vermektedir. Puan cetvelinde alınan toplam puan, işçinin sosyal yönlerinden aldığı puanların toplamından oluşur. Puanı düşük olan işçiler koruma ihtiyacı daha az olan işçilerdir. Ancak, işveren elde ettiği sonucu bir daha, gözden geçirmelidir. Söz konusu işçiye ağır sonuç doğuracak bazı münferit durumlarda bundan sapmanın bulunup bulunmadığına bakmalıdır. Son yargı kararlarına göre, kullanılacak puanlama cetvelinin işyeri işçi konseyince onaylanması gerekmektedir. Bu durum, gecikmelere neden olabilmektedir. İşyeri işçi konseyi ile kullanılacak puanlama cetveli üzerinde anlaşıldığı takdirde, işe iade davalarında sadece uygulanan sosyal tercih kriterlerinin ağır hata içerip içermediği denetlenecektir (İGY. m. 1/IV). Bu bir avantajdır. Ağır hata durumu, ancak, kriterlerin ağırlıklarında bir dengenin olmaması halinde vardır.

Puanların belirlenmesinde yapılacak bir hata, şimdiye kadarki mahkeme kararlarında geniş çapta sonuçlara yol açabilmekteydi. Puanlamanın değerlendirilmesi sonucu iş sözleşmesi feshedilecek bir işçinin iş sözleşmesinin feshedilmemesi halinde dahi, mahkeme kararları yapılan bütün fesihleri geçersiz kabul edecektir. Toplu işçi çıkarmalarda büyük risk anlamına gelen bu “domino teorisi”ni, mahkeme kararları artık terk etmiştir. Artık sadece, iş sözleşmesi feshedilmemesi gerektiği halde tercihte yapılan ilgisiz hatalar yüzünden sözleşmesi feshedilen işçinin sözleşmesinin feshi geçersiz sayılmaktadır.

c) İşyerinin Çıkarları

Yaptıkları iş bakımından kıyaslanabilir olan tüm işçiler, sosyal tercihte dikkate alınmak zorunda değildir. İşletmenin gözetilmesi gereken çıkarları doğrultusunda alanında bilgisi, yeteneği ve verimi bakımından çalıştırılmalarına devam edilmesi gereken işçiler, “sosyal tercih”den istisna tutulabilirler

(m. İGY 1/III cümle 2). Yargı kararlarına göre işveren, ilave olarak, sosyal açıdan koruma ihtiyacı olan işçilerin çıkarları ile kilit görevlerde istihdam edilen işçilerin muaf tutulması konusundaki işletme çıkarları arasında bir denge sağlamalıdır. Sosyal çıkarların ağırlığı ne kadar yüksekse kilit görevlerde yer alan işçilerin kapsam dışında tutulmalarını gerektirecek nedenler de o ölçüde ağırlıklı olmalıdır. Dengelemedeki bu hukuki belirsizlik, yasal düzenlemenin uygulanmasını güçleştirmektedir.

İşyerinin gözetilmesi gereken çıkarları doğrultusunda planlanmış personel dengesinin korunması açısından çalışmalarının devam ettirilmesinde fayda görülen işçiler de, sosyal tercihten istisna tutulabilirler. Böylelikle işveren, toplu işçi çıkarmalarda işletme çıkarlarını koruyarak personel yaşlanmalarını önleyebilmektedir. Hangi ölçüde işletmenin yaşlı personeli bünyesinde barındırma ihtiyacı olduğu, işyerinin özel amaçlarına ve bu amaçların uygulanmasına bağlıdır. Bunu gerçekleştirirken, sosyal tercihte sınırlama olmaması halinde hangi somut dezavantajların ortaya çıkacağı önem kazanır. Dengeli bir yaş yapısını sağlamak için işveren, sosyal tercihten geçirilmiş yaş grupları oluşturabilir. Bunun için işveren, her bir yaş gurubundan yüzdesel olarak eşit oranda işçinin işine son vermek zorundadır.

d) İsim Listesi

İşyerindeki değişiklik nedeniyle İşyeri Temel Kuruluş Yasası kapsamında işçilerin iş sözleşmeleri feshedilmek istendiği takdirde, işyeri işçi konseyi ve işveren tarafından çıkarların dengelenmesi sonucunda belirlenecek işçi isim listesi hazırlanacaktır. Bu durumda, fesihlerin acil işletme ihtiyaçlarından kaynaklandığı, yasa tarafından varsayılır. İşe iade davası açan işçi, tercihin doğru yapılmadığını ispatlamakla yükümlüdür. Bunun dışında, sadece sosyal seçimin ağır hata içerip içermediği denetlenebilir.

e) Bilgilendirme Yükümleri

Her fesih öncesinde işyeri konseyinin görüşünün alınması zorunluluğu çerçevesinde işveren, sosyal seçime dahil edilen işçiler ile sosyal tercihten muaf tutulan her bir işçinin muaf tutulma nedenleri hakkında bilgi vermekle yükümlüdür. İşye-

ri işçi konseyinin talebi halinde, işveren kararlaştırılan sosyal tercihin nedenlerini de bildirmekle yükümlüdür.

4. Reform İhtiyacı

Geçerli fesihler için yasa ve mahkeme kararları tarafından aranan zor koşullar, hukuken güvenli fesihleri önemli ölçüde zorlaştırmakta ve sonuçta istihdamı engellemektedir. Bu nedenle, yasaların reforma tabi tutulması ve yargı kararlarında düzeltmeler gereklidir. Bir yandan, yasal iş güvencesi için gerekli bekleme süreleri ve işletme büyüklüğünün kapsamı belirgin bir biçimde genişletilmelidir. Sözleşmenin tarafları, iş ilişkisinin daha kurulması aşamasında tazminat karşılığında iş sözleşmesinde iş güvencesinin kaldırılmasını kararlaştırma imkânına sahip olmalıdır. Bu durumda, işçi, işletme gereklerinden kaynaklanan fesih halinde, kararlaştırılan tazminat miktarını almaya hak kazanacak ama feshin hukuka uygunluğunu sorgulayamayacaktır.

Kısa bir süre önce yürürlüğe giren ve AB'nin birçok ayrımcılığı önleme yönergesiyle uyum içeren Eşit Davranma Yasası fesihlerde genel ve özel iş güvencesi hükümlerinin de geçerli olmasını açıkça öngörmektedir (m.2/IV). Buna göre, sosyal tercih kriteri olarak işçinin yaşının dikkate alınması, eşit muamele yasası kapsamındaki bir ayrımcılık olarak kabul edilmemektedir. Arzumuz, iş piyasası politikası açısından yasa koyucunun bu özelliği yasadan çıkartmasıdır. Yasa, yaşlı işçilerin mevcut iş ilişkisini fesihlerden korumasına karşın, aynı zamanda yaşlı işsizlerin istihdam şansını azaltmaktadır.