

Prof. Dr. Alpay HEKİMLER*

Avusturya'da Ödünç Çalışma Uygulamalarına Genel Bir Bakış Türkiye İçin Gözlemler ve Öneriler

ÖZET

Son yıllarda esnek istihdam formları arasında en çok tartışılan konulardan biri olan ödünç çalışma uygulamalarına özellikle işçileri temsil eden kuruluşlar tarafından eleştiriler getirildiği bilinmektedir. Söz konusu tartışmalar 2008/104/EG tarih ve sayılı ödünç çalışma ilişkisine yönelik direktifin kabulünün ardından görece azalış göstermekle birlikte hala devam etmektedir.

Tartışmaların ışığında devam eden çalışmalar AB düzeyinde uygulamaları değerlendirme üzerine yoğunlaşmıştır. Ülkemizde ise bu istihdam formunun henüz tam anlamıyla uygulama imkanı bulamadığı görülmektedir.

Bu çalışmada Avusturya'da ödünç iş ilişkisinin mevzuatta düzenlenmesiyle ilgili genel bir çerçeve çizilmiş, ilgili hükümlerin uygulamaya yansıma biçimleri değerlendirilmiş ve Türkiye için öneriler sunulmuştur.

ANAHTAR SÖZCÜKLER: Ödünç İş İlişkisi, Ödünç İş İlişkisi Uygulamaları, Esnek İstihdam Formları

An Overview of Temporary Employment Relationship in Austria Observations And Recommendations For Turkey

ABSTRACT

As one of the frequently debated issues among flexible forms of employment, temporary employment relationship has been constantly criticized by labor organizations in Turkey. Although these criticisms have attenuated after the adoption of the EU Directive 2008/1047EG on Temporary Agency Work, discussions on this topic are still on the agenda. Ongoing studies in the light of these discussions seem to focus on the assesment of practices at the EU level. In spite of all that debate and work in this area, an opportunity to implement this form of employment on a legal basis has not yet been found in Turkey.

In this study, a general framework on the regulation of temporary employment relationship as well as an account of its reflections on the methods of implementation in Austria is given first. In the following section, recommendations, have been proposed for the establishment of a successful model in Turkey.

KEY WORDS: Temporary Employment Relationship, Temporary Employment Relationship Applications, Flexible Employment Forms

GİRİŞ

Avrupa Birliği üyesi olan Avusturya'nın son yıllardaki ekonomik performansı değerlendirildiğinde, bu ülkenin oldukça başarılı bir tablo sergilediği açıkça görülmektedir. Bu olumlu gelişmeler istihdam piyasasına da doğrudan yansımaktadır. Nitekim Eurostat'ın yayımlanmış olduğu son veriler incelendiğinde AB ortalamasındaki %10,6 oranındaki işsizlik oranının Avusturya'da sadece % 4,8 düzeyinde seyrettiğini ve AB içersinde işsizliğin oransal olarak en düşük ülke konumunda olduğunu izlemekteyiz.¹ Dolayısıyla son yıllarda AB'nin içinde bulunduğu kriz ortamı da göz önünde bulundurulduğunda Avusturya'nın bu başarısını yadsımak mümkün değildir.

Bu ülkenin istihdam piyasası ile ilgili verileri daha detaylı incelendiğinde ise², işgücüne katılım oranının Türkiye ortalamasının oldukça üzerinde olduğunu, özellikle kadınlar açısından bu oranın daha da belirgin bir biçimde yüksek seyrettiğini açıkça görmekteyiz. Son yıllarda kriz ortamı ile birlikte AB içinde önemli bir problem haline gelmeye başlayan genç işsizlik rakamları incelendiğinde³, Avusturya'da bu oranın % 9,3 seviyesinde belirlendiğini ve diğer ülkelere oranla genç işsizliğin sadece Almanya'da %7,7 ile daha düşük seyrettiği, dolayısıyla bu yönde de Avusturya'nın çok daha olumlu bir trend izlediği tartışmasız bir biçimde ortadadır.

Bu doğrultuda istihdam piyasasının olumlu yapısının analiz edilmesi ve de yürürlükteki mevzuat ile bu durumun bağlantısı ayrı bir yazının konusu olmakla birlikte, genel anlamda iş hukuku mevzuatı ile istihdam yaratma potansiyeli arasında önemli bir ilişki olduğu burada vurgulanmalıdır.

Bilindiği üzere ödünç çalışma ilişkisi, esnek istihdam formları içinde global ölçekte üzerinde en fazla tartışmanın yürütüldüğü ve işçileri temsil eden organlar - ki bunlar sendikalar, dernekler veya farklı sivil toplum kuruluşları da olabilmektedir - tarafından eleştirilen bir model olarak karşımızda durmaktadır. Genel anlamda AB ölçütünde bu yöndeki tartışmalar, özellikle konu bağlamında 2008/104/EG direktifin kabul edilmesinin ardından⁴ önemli ölçüde azalmaya başlamış olsa da sürekli gündemde kalmıştır ve kalmaya da devam edecek gibi görünmektedir. Günümüze kadar sayısız bilimsel çalışmaya da esin kaynağı olmuş bu istihdam formu bilindiği üzere ülkemizde henüz yasal bir uygulama imkanı bulamamıştır.⁵

Bu çalışmada, Avusturya'da ödünç iş ilişkisini düzenleyen mevzuat spesifik ayrıntılara girmeden sadece genel bir çerçeve çizmek amacıyla ele alınmakta ve ilgili hükümlerin uygulamaya nasıl yansıdığı değerlendirilmeye çalışılmaktadır.

I. Avusturya'da Ödünç Çalışma İlişkisinin Gelişimi

İfade ettiğimiz üzere ödünç çalışma modeli, uzun ve çoğu zaman da sert geçen tartışmaların sonucunda birçok ülkede çalışma hayatına kazandırılmış bir istihdam biçimidir. Aslında tartışmaların yasal zemine oturtulduktan sonra dahi dönemsel olarak yoğun bir biçimde devam ettiğini izlemekteyiz. Bunun altında yatan en önemli etmen şüphesiz olarak modelin kendisine has özelliğinden kaynaklanmaktadır.

Bu noktada belki Avusturya'daki gelişim sürecini ele almadan önce bu modelin çok kısaca Dünya'daki gelişim seyri ile birlikte bu ülkeye yansımaları değerlendirmek daha isabetli olacaktır.

1 Bkz.: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&language=de&pcode=teilm020&tableSelection=1&plugin=1> erişim 15.04.2014.

2 Detaylı bilgi için Karş.: http://www.bmask.gv.at/cms/site/attachments/2/0/6/CH2128/CMS1267519204835/arbeitsmarktdaten_august_2013.pdf erişim 20.09.2013. Ekonomi, 1984, s.124 vd.

3 <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/74795/umfrage/jugendarbeitslosigkeit-in-europa/> erişim 20.09.2013.

4 Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008. über Leiharbeit. DDirektif ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için Bkz.: Nurhan Süral, "AB Müktesebatında Geçici İş İlişkisi", Özel İstihdam Büroları Aracılığı İle Geçici İş İlişkisi Semineri, TİSK, Ankara, 2013, s.28-48.

5 EBkz.: Alpay Hekimler, "Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisine İlişkin Mevzuat ve Taslakların Genel Değerlendirmesi", Özel İstihdam Büroları Aracılığı İle Geçici İş İlişkisi Semineri, TİSK, Ankara, 2013, s.49-77.

Bilindiği üzere ödünç çalışma modeli esasen ABD orijinli bir istihdam formu olup, ilk defa 1940'lı yıllarda görülmeye başlandıktan yaklaşık on yıl sonra Avrupa kıtasına transfer edilmiştir. Bu alanda ilk faaliyet gösteren firma dünya çapında tanınmış "Manpower" firması olmuştur. Kısa zamanda büyüyen bu şirket, başlangıçta istihdam ettiği avukatları için farklı nedenlere bağlı olarak ortaya çıkan personel açığını kapatmak amacıyla - ki bu nedenler arasında, öngörülemeyen dava sayısındaki artış, hastalık vb. sebepler sayılabilir - yeni bir yola başvurmuş (Kuzmich, 2009, s.12) ve böylece kullanılan yöntemle ödünç iş ilişkisinin temeli atılmıştır.

Avrupa kıtasında ise ödünç iş ilişkisi üzerine faaliyet gösteren ilk firma İsviçre'de kurulan ve ilerleyen yıllarda Fransız "Ecco SA" firması ile birleşecek ve "Adecco" adını alacak olan "Adia Interim AG" olmuştur. Bu şirketin 1962 yılında Hamburg'da bir şube açmasının ardından, bu istihdam modeli önemli ölçüde Almanya'nın da gündemine yerleşmeye başlamıştır. Almanya'da o dönemde yürürlükte olan 1927 tarihli Federal İşe Aracılık ve İşsizlik Sigortası Kanunu'nun (Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 16. Juli 1927) 37.maddesinin 3.fıkrası hükmü gereğince, işe aracılık tekeli kamunun elinde tutulmuş ve ödünç iş ilişkisi bu doğrultuda Hamburg Eyalet Sosyal Mahkemesinin 30.10.1964 tarihli kararı uyarınca yasaklanmıştı. Ancak Adia Firması, bu karar aleyhine Anayasa Mahkemesine, ilgili maddenin Anayasanın temel hakları arasında kabul ettiği serbestçe mesleki faaliyete bulunma hakkının engellendiği gerekçesiyle söz konusu maddenin iptali yönünde dava açmıştır. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararla (Kuzmich, s.13) ilgili 37.maddenin 3.fıkrasının Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile iptaline hükmetmiştir. Bu tarihi karardan sonra Almanya'da da konu bağlamında yeni bir dönemin başladığını izlemekteyiz.⁶

6 Almanya'da ödünç çalışma ilişkisi ile ilgili Bkz.: Alpay Hekimler, Federal Almanya'da Profesyonel Ödünç İş İlişkisinin Yasal Çerçevesi, İşveren, Nisan 2004, s.20-27; ayrıntılı açıklamalar için Bkz.: Gregor Tüssing, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Kommentar, Beck, München, 2013.

Avusturya'ya da baktığımız zaman aslında durumun çok farklı olmadığını, daha açık bir ifadeyle çalışma hayatında ortaya çıkan bir takım gereksinimler sonucunda bu modelin şekillenmeye başladığını görmekteyiz. Yapılan araştırmalar bu yöndeki gereksinimin, İş Kurumlarının kendilerine gelen işgücü talebini karşılayamamaları sonucunda ilk defa turizm sektöründe ortaya çıktığını göstermektedir. Bu alandaki işgücü açığını gidermek amacıyla, esnek hareket edebilecek, işgücü ihtiyacını giderebilecek özel işletmeler kurulmaya başlanmış ve bu işletmeler belirtilen sektörün dışında ayrıca profesyonel anlamda, kamyon sürücüleri, tercümanlar, sekreterler, çocuk bakıcıları ve diğer alanlarda da işgörenleri ödünç vermeye başlamışlardır.⁷

Uygulamada ödünç çalışmanın giderek yaygınlaşmaya başlaması ve böylelikle o güne kadar bilinmeyen yeni bazı sorunları da beraberinde getirmesinin ardından, konunun yasal zeminde çözüme bağlanmasına ilişkin olarak 1969 yılında İşgücü Piyasasını Teşviki Kanunu'nda (Arbeitsmarktförderungsgesetz) bir değişikliğe gidilmiş; ancak bu değişiklik sorunları çözme yolunda yetersiz kalmıştır (Gepfert, 1977).

Konunun yasal zeminde düzenlenmek istenmesiyle birlikte Avusturya'da çok yoğun tartışmaların yaşandığına işaret etmek gerekir. Öyle ki, başta ÖGB'nin (Österreichischer Gewerkschaftsbund - Avusturya Sendikalar Birliği) 1975, 1979 ve 1983 yıllarındaki genel kurullarında olduğu gibi birçok İşçi Odasının (Arbeiterkammer)⁸ genel kurullarında da esasen ödünç iş ilişkisinin kurulmasının kesin olarak yasaklanması talep edilmiştir (Schindler, 2003, s.25). Bu doğrultuda 1977 ve 1982 yıllarında ödünç çalışmanın yasaklanması yönünde iki yasa tasarısı hazırlanmışsa da bu tasarılar

7 Ayrıntılar için özellikle Bkz.: Remo Sacherer, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU - Rechtliche und Soziale Aspekte, ÖGB Verlag, Wien, 2001, s.19 vd.

8 İşçi Odaları için Bkz.: <http://wien.arbeiterkammer.at/index.html>.

kanunlaşmamıştır (Ofner ve Schindler, 2012, s.3).

Ancak tüm bu taleplere rağmen, uygulamada ödünç çalışmanın giderek yaygınlaşması sonucunda, bu model kapsamında çalışanların durumlarını iyileştirmek adına 80'li yıllarda işgören örgütleri görüşlerini değiştirmeye başlamışlardır (Kuzmich, s.15). Nihayetinde, ÖGB'nin ve Avusturya İşçi Odaları Genel Kurulu'nun da onay verdiği ödünç çalışmanın yasaklanmaması, ancak bu alanda faaliyet gösterebilmek için çalışanların haklarının korunması yönünde belirli koşulların arandığı ve yaptırımların öngörüldüğü bir sistemin kurulmasına ilişkin bugün yürürlükte olan Kanun kabul edilmiştir (Schindler, s.25; Kuzmich, s.15).

Toplu pazarlığın Avusturya'da oldukça gelişmiş olmasının bir sonucu olarak da⁹, kanunun kabul edilmesinden üç yıl sonra, ödünç iş ilişkisi kapsamında istihdam edilenleri kapsayacak bir toplu iş sözleşmesinin imzalanması yolunda çalışmalara girişilmiştir. Bu doğrultuda önce ÖGB'ye bir rapor sunulmuş, sunulan bu raporda yer verilen görüşler konu bağlamında toplu pazarlık fikrinin oluşmasına zemin hazırlamıştır. Ancak o dönemde birçok sendikanın, ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışanlar için bağtlanacak olan bir toplu iş sözleşmesinin, bu istihdam formunu daha değerli kılacağı, daha açık bir ifadeyle cazip hale getirip teşvik edeceği gerekçesiyle eleştirmelerinden ötürü, toplu pazarlık aşamasına geçilememiştir.

İlerleyen yıllarda ise bu kez işveren kanadından gelen talep doğrultusunda ÖGB, 19 Şubat 1998 tarihinde, dönemin Metal-Maden-Enerji Sendikası'nın, ödünç çalışan işçileri kapsayacak nitelikte bir toplu pazarlık yürütmesi yönünde bir karar almıştır (Schindler, s.25). Ancak tarafların beklenti ve taleplerinin, özellikle de kanundan kaynaklanan ücret konusundaki bir maddenin yorumu konusundaki

görüşlerinin farklı olması sebebiyle görüşmeler uyuşmazlıkla sonuçlanmıştır. Kasım 2000 tarihinde işveren tarafının yeniden görüşmelerde bulunmaya hazır olduğunu bildirmesi üzerine sendika ile yeniden pazarlık masasına oturulmuş¹⁰ ve nihayet 15 Ocak 2002 tarihinde süresiz olarak akdedilen¹¹ bir toplu sözleşme imzalanmıştır.¹² Bu toplu sözleşme hükümlerinin Avusturya'da ödünç iş ilişkisinin gelişmesi ve şekillenmesinde çok önemli katkılar sağladığını burada vurgulamak gerekir.

Söz konusu toplu sözleşmede belirlenen hususlar, değişen ekonomik koşullara ve günün koşullarına göre ücret toplu sözleşmeleri ile yeniden düzenlenmiş ve böylelikle ödünç çalışanların asgari ücret seviyesi de tayin edilmiştir.

Bugün ise toplu sözleşme özerkliğinin bir sonucu olarak, son olarak 1 Ocak 2013 tarihinden itibaren yürürlükte olan Ödünç Çalışanlara Yönelik Toplu İş Sözleşmesi ile esnek istihdam formları içerisinde en esneğini oluşturan ödünç çalışanların hakları güvence altına alınmıştır.¹³

Böylece, Avusturya'da yaşanan uzun tartışmaların sonucunda ödünç iş ilişkisi yasal bir zemine kavuşturulmuş, ayrıca yıllar içerisinde değişen koşullara bağlı olarak güncellemelere de gidilmiştir. Sosyal ortakların kendi aralarında bağtladıkları toplu iş sözleşmeleri de ödünç çalışma modelinin Avusturya'da şekillenmesinde etkin bir rol oynamış ve oynamaya devam etmektedir.

II. Yasal Çerçeve

Günümüzde Avusturya'da ödünç iş ilişkisi-

9 Örneğin Bkz.: Franz Marhold / The Mayer-Maly, Österreichisches Arbeitsrecht Band II, 2.Auflage, Springer, Wien/New York, 1999.

10 Konu ile ilgili ayrıntılı gelişmeler için Bkz.: Schindler, 2003, s.26 vd.

11 Avusturya'da, Türkiye'den farklı olarak taraflar toplu sözleşmenin yürürlük süresini serbest bir biçimde, kendileri belirleyebildikleri bir süre için veya süresiz olarak imzalayabilmektedirler. Ayrıntılar için Bkz.: Günther Löschnigg/Alpay Hekimler, Avrupa İş Hukuku Çerçevesinde Türk İş Hukuku ile Karşılaştırmalı Avusturya İş Hukukunun Temel Esasları, Efil, Ankara, 2011, s.79 vd.

12 Kollektivvertrag für das Gewerbe derArbeitskräfteüberlassung. Toplu sözleşme metnine ilgili adresten ulaşılabilir, <http://wko.at/ooe/zeitarbeit/downloads/kv2002.pdf> erişim 27.08.2013

13 1.1.2013 tarihinden itibaren yürürlükte olan Toplu sözleşme metni için Bkz.: <http://static.wuapaa.com/2013/wkstmk/dienstleister/files/RahmenKV.pdf> erişim 27.08.2013.

nin yasal çerçevesi, en son 2012 yılında bazı maddelerinde değişikliğe gidilen ve bu değişikliklerle birlikte 1.1.2013 tarihinden itibaren yürürlükte olan, 23 Mart 1988 tarihli Federal Ödünç İş İlişkisi Kanunu (Arbeitnehmerkräfte überlassungsgesetz)¹⁴ hükümleri ile çizilmektedir.¹⁵ Bu kanun yürürlükteki haliyle toplam 26 maddeden oluşmakta ve yıllar içerisinde bu yazının kaleme alındığı tarih itibarıyla on üç defa değişikliğe uğramış bulunmaktadır.

Kanunun asıl amacının, ödünç iş ilişkisi kapsamında istihdam edilen işgörenlerin, diğer çalışanların sahip oldukları sosyal korumadan aynı oranda yararlanmalarının sağlanması ve işyerlerindeki diğer işgörenler yerine ikame edilmelerinin engellenmesi olduğu belirtilmektedir (Ofner ve Schindler, 2012).

Şüphesiz olarak bu çalışma kapsamında kanunun tüm maddelerinin incelenmesi mümkün değildir, bu nedenle genel bir çerçeve çizmek adına Avusturya'daki ödünç iş ilişkisi sisteminin kurulmasında etkin olan kanunun belli başlı hükümleri ele alınıp genel hatlarıyla incelenmeye çalışılacaktır.

1. Temel Kavramlar ve Genel Çerçeve

Ele aldığımız konuyu doğru bir biçimde analiz edebilmemiz, her şeyden önce kavramların doğru bir biçimde değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu bakımdan kanunda ödünç iş ilişkisinin nasıl tanımlandığına bakılması gerekmektedir. Kavram bu kapsamdaki çerçeve kanununun 3.maddesi ile düzenlenmiştir.

Ancak bu noktada işaret edilmesi gereken önemli bir husus da uygun bir kavramın gelişimi konusunda Avusturya'da yaşanmış olan tartışmalardır. Bu ülkenin önde gelen ve dünya çapında tanınan iş hukukçuları arasında yer

alan, Mayer-Maly ve Marhold'ün 1987 yılında yayınladıkları Avusturya İş Hukuku (Österreichisches Arbeitsrecht) adlı eserlerinde, "ödünç iş ilişkisi" kavramını, kavram olarak eleştirdikleri görülmektedir (1989, s.41). Bu çalışma formu için "ödünç" kavramının kullanılmasının doğru olmayacağını, ödünç kavramının esasen, ücret karşılığında yapılmayan olgular için kullanılabilineceğini, oysa bu istihdam biçiminde bir ücret ödemesinin söz konusu olması nedeniyle, doğru ifadenin aslında eser sözleşmesi (Werkvertrag) veya hizmet alım sözleşmesi (Dienstverschaffungsvertrag) biçiminde tanımlanması gerektiğini, ifade etmektedirler.

Aslında bu noktada eser sözleşmelerinin özellikle son dönemde ödünç çalışmanın yaygın uygulandığı ülkelerden biri olan Federal Almanya'da da konu bağlamında yeniden tartışma konusu olduğunu belirtmek yararlı olacaktır. Bu tartışmada özellikle eser sözleşmelerine, ödünç çalışanlar için iş hukukundan kaynaklanan koruma normlarından kaçınmak için bir yöntem olarak başvurulduğuna işaret edilmektedir.¹⁶

Bugünkü literatüre bakıldığında ise Avusturya'da ağırlıklı olarak "işgören ödünç verme" kavramının (Arbeitskräfteüberlassung) yaygın olarak kullanıldığı, yasa hükümlerinin de bu kavram ile şekillendiği; ancak bununla birlikte "ödünç çalışma" (Leiharbeit), "zaman çalışması" (Zeitarbeit) ifadelerine de sıklıkla rastlandığı görülmektedir. Uygulamada ise daha sınırlı olmakla birlikte "personel kiralama" (personal leasing) gibi ifadelerle de karşılaşabilmek mümkündür.

Buradan açıkça görüldüğü üzere zamanla değişen koşullar içinde içerik aynı kalmakla birlikte kullanılan kavramlarda değişim ve dönüşüm gerçekleşmiştir. Bu noktada ülkemizde de kullanılan "geçici iş ilişkisi" kavramının yerine kanımızca ödünç iş ilişkisi kavramının kullanılmasının çok daha isabetli olacağı ve böy-

14 Bundesgesetz vom 23. März 1988, mit dem die Überlassung von Arbeitskräften geregelt (Arbeitskräfteüberlassungsgesetz - AÜG) StF: BGBl. Nr. 196/1988 (NR: GP XVII RV 450 AB 511 S. 56. BR: AB 3456 S. 499.)

15 1.1.2013 tarihinden itibaren yürürlükte olan değişiklikler ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için özellikle Bkz.: Franz Schrank, Die wichtigsten Neuerungen zur Arbeitskräfteüberlassung, Österreichisches Recht der Wirtschaft, 1/2013, s.31-367.

16 Bu konudaki ayrıntılar için özellikle Bkz.: Stefan Greiner, Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung – Abgrenzungsfragen und aktuelle Rechtspolitik, NZA, 2013, s.697-704.

lelikle uygulamada, işgörenler arasındaki farklı ve yanlış yorumlamalardan dolayı ortaya çıkan sıkıntıların ortadan kalkacağına işaret etmek gerekir.

Bu noktada yeniden kanunun 3.maddesine döndüğümüzde, 1.fıkrafta, “ödünç çalışmanın, işgücünün, iş görme ediminin, üçüncü bir kişide yerine getirilmesi”, biçiminde tanımlandığını görmekteyiz. Buradan açıkça görüldüğü üzere, yasa koyucu çok genel bir tanımlama yapmak ile yetinmiştir. Bunun altında yatan temel neden ise ödünç çalışma modelinin ortaya çıkan ve çıkabilecek olan tüm biçimlerini kapsam dahiline almak biçiminde yorumlanmaktadır.¹⁷ Bu tanımlama ile ya baştan itibaren atipik olarak kabul edilen üçlü bir iş ilişkisi kurularak işgörenin üçüncü bir kişi yanında istihdam edilmesi amaçlanmakta ya da kişinin üçüncü bir şahsın yanında istihdam edilmesine yönelik ve sadece geçici olarak bu çalışma biçimi ortaya çıkabilmektedir.

Ödünç çalışacak işgören ile işveren arasında bir iş sözleşmesi imzalanırken, ödünç veren ile ödünç alan işveren arasında bir ödünç verme sözleşmesi (Überlassungsvertrag) imzalanmaktadır. Böylelikle taraflar aralarında farklı bir biçimde anlaşmamışlarsa, işgören ile ödünç alan arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmamakta olduğuna dair Avusturya Yüksek Mahkemesinin içtihadı¹⁸ da bulunmaktadır.

Buradan açıkça görüldüğü üzere Avusturya yasa koyucusu oldukça geniş bir tanımlama alanı çizerek esas itibarıyla, iş dünyasının gereksinimlerini en iyi tanıyan ve realize etmek durumunda kalan işgören ve işveren taraflarına geniş bir inisiyatif tanımıştır. Tanınmış olan bu öncülük ise var olan koruyucu hükümler nedeniyle de işgörenlerin diğer çalışanlara oranla korumasız kaldıkları sonucunu beraberinde getirmemektedir.

Bu bağlamda kanun anlamında ödünç ve-

ren ile ödünç alan kavramlarının nasıl şekillendiğine de bakmak gerekir. Bir sözleşme kapsamında işgöreni, üçüncü bir kişinin yanında çalıştırmak ile yükümlü kılan kişi, kanun anlamında ödünç veren olarak kabul edilmektedir.¹⁹ Dolayısıyla iş hukuku anlamında ödünç veren, işgörenin asıl işvereni kabul edilmektedir (Neumayer ve Reiser, 2011, s.208).

Ödünç alan işveren ise işgörenini kendi iş yerlerindeki işleri görmek üzere görevlendiren işveren²⁰ olarak tanımlanmaktadır.²¹ Ödünç alan işveren, ödünç çalışan işgörenin asıl işvereni olmamakla birlikte ona talimat verme yetkisine sahiptir. Ancak, Avusturya'da özellikle iş sağlığı ve güvenliği alanındaki yükümlülüklerin yerine getirilmesi bakımından, ödünç alan işveren bir bakıma asıl işverenmiş gibi kabul görmektedir. Bu bakımdan ödünç alan işverenin, ödünç çalışan işgörenler ile diğer işgörenler arasında ayrımcılık yapabilmesi de mümkün değildir.²² Çalışanın iş sağlığı ve güvenliğinin kurulması bakımından da ödünç veren işveren, ödünç alan işverene işgören ile ilgili önemli olan bilgileri, örneğin hamilelik durumu gibi, vermek durumundadır.²³

Ödünç alan işverenin, ödünç veren işverenden, belirlenen vasıflara sahip olan işgörenin gönderilmesini talep etme hakkı bulunmaktadır (Neumayer ve Reiser, s.216). Yüksek Mahkemenin vermiş olduğu bir karar uyarınca²⁴ ödünç veren işveren her ne kadar, ödünç verilen işgörenin vasıf düzeyinden sorumlu ise de daha açık bir ifadeyle beklenen vasıf düzeyinde bir işgücünü hazır etmekle yükümlüyse de hazır edilen işgücünün ortaya koyduğu işin kalitesinden sorumlu tutulması mümkün değildir. Böylece ödünç veren işveren, sadece ödünç

17 Bkz.: Matthias Neumayer/Gert Peter Reiser, Zeller Kommentar, 2.Auflage, Manz, Wien, 2011, s.205

18 Bkz.: OGH 9 ObA 2/08 x, ecolex 2008/204, 563.

19 Bkz.: Ödünç İş İlişkisi Federal Kanununun 3.maddesinin 2.fikrasına.

20 Bkz.: Ödünç İş İlişkisi Federal Kanununun 3.maddesinin 3.fikrasına.

21 Ayrıntılar için Bkz.: Günther Löschnigg, Arbeitsrecht – Gesetze und Kommentare, 11.Auflage, ÖGB, Wien, 2011, s. 208 vd.

22 Bu konuda geniş açıklamalar için Bkz.: Christoph Wiesinger, Technischer Arbeitsschutz bei überlassenen Arbeitskräften, Österreichisches Recht der Wirtschaft, 6/2013, s. 342-345.

23 Bkz.:http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?angid=1&stid=713777&dstdid=680&titel=Arbeitskr%3%a4fte%3%bcberlassung_erisim 16.09.2013

24 OGH 7 Ob 256/03 b, ZAS-Judikatur 2004/104, 178.

vermiş olduğu işgörenin vasıf düzeyinin ödünç alan tarafından talep edilen ve ödünç verilme sözleşmesinde belirtilmiş olan işleri yerine getirebilecek nitelikte olması noktasında yükümlü tutulmaktadır. Ödünç verilmiş olan işgörenin, o işyerinde ifa etmiş olduğu işin kalitesi, verimliliği vb. unsurlardan ödünç veren işverenin sorumlu tutulması ise söz konusu değildir.

Sözleşme hukuku bakımından konu değerlendirildiğinde Avusturya'da ödünç veren işveren, ifade edildiği üzere işgörenin asıl işvereni olarak kabul edilmektedir ve bu yönden sosyal güvenlik hukukundaki düzenlemeden farklılaşmaktadır. Nitekim Avusturya'daki sosyal güvenlik mevzuatında öncelik, işgöreni doğrudan istihdam eden ve bundan ekonomik çıkar sağlayan bir düzenleme üzerine kurulmuştur. Sosyal güvenlik mevzuatındaki bu durum iş hukukuna yabancıdır.²⁵

2. Kanunun Kapsamı

Federal Ödünç İş İlişkisi Kanunu'nun kapsamı, yasanın 1.maddesinde tayin edilmiştir. Anılan maddenin 1.fıkrasında, "bu kanun üçüncü kişilerin yanında iş görme edimini yerine getirecekler için uygulanır", denilmektedir. Ancak maddenin 2.fıkrasında istisnalar sıralanmıştır. Yasa koyucunun istisnalar kısmını oldukça geniş tuttuğu, tercihini kanunun belirli hükümlerinin belirli durumlar için uygulama bulmaması yönünde şekillendirdiği görülmektedir. Bu hükümlere çok genel olarak bakıldığı zaman aşağıdaki tablo karşımıza çıkmaktadır.

Örneğin, kanunun 10. ve 16a. maddeleri arasındaki hükümlerin Holding bünyesindeki geçici ödünç iş ilişkilerinde uygulanması söz konusu olmamaktadır. Ancak bunun için Holding'in, Avusturya Anonim Şirketler Kanununun 15.maddesi uyarınca veya Limited Şirketler Kanununun 115. maddesi uyarınca holding statüsüne haiz olması gerekmektedir. Bununla birlikte holding bünyesindeki şirketlerin Federal Avusturya topraklarında bulunması ve ödünç verilmenin amaç edinilmemiş olması

gerekir. Ancak holding bünyesinde bir ödünç çalışma bürosu faaliyet gösteriyorsa, bu durumda kanun hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır.²⁶

Yine bir takvim yılı içinde ödünç verilme süresi toplam altı ayı aşmazsa kanun hükümlerinin uygulanması söz konusu olmamaktadır. Ancak bu durumda sürelerin toplamı dikkate alınmaktadır.²⁷ Toplam süre altı ayı aştığında geçici ödünç iş ilişkisinden bahsedilmektedir.²⁸

Bunun dışında kanun hükümleri, Federal ve Eyalet kurumlarında veya Belediyelerde istihdam edilenler, tarım ve ormancılık iş kolunda çalışanlar, kamu kaynakları ile finanse edilen veya desteklenen eğitim, ileri eğitim ya da yeniden eğitim programları kapsamında istihdam edilenler için de uygulanmamaktadır.²⁹

Yasa koyucu ifade edilen alanları kanun kapsamı dışında tutmuş olmakla birlikte, kanunun 2.maddesinin 2.fıkrasında açıkça, hiç bir çalışanın rızası olmadan ödünç verilemeyeceğini ve aynı maddenin 3.fıkrasında, ücret ve çalışma koşulları bağlamında ayrımcılığa tabi tutulamayacağını belirtmektedir (Ofner ve Schindler, s.8). Böylece kanun kapsamına girmeyen ancak yine de ödünç verilebilecek olan işgörenler için de asgari bir koruma sağlanmış olmaktadır.

III. Ödünç Çalışma Biçimleri

Gerek ulusal, gerekse uluslararası literatür değerlendirildiğinde, genelde ödünç çalışma biçimlerinin iki ana başlık altında toplandığını görmekteyiz. Avusturya'da da esasen bu durum değişmemektedir. Ancak aşağıda değinileceği üzere Avusturya'da ödünç çalışma biçimlerinin bu temel başlıklar altında değerlendirilmesi

26 Bkz.: <http://portal.wko.at> erişim 16.09.2013. Ayrıntılar için Bkz.: Sacherer Remo/Schöll Manuela, Gelegentliche Arbeitskräfteüberlassung – Wann und in welchem Umfang ist das AÜG anwendbar?, RdW, 2005, s.492-497.

27 Bkz.. Federal Ödünç İş İlişkisi Kanununun 1.maddesinin 3/1 fıkrasına.

28 Karş.: <http://portal.wko.at> erişim 16.09.2013

29 Bkz.. Federal Ödünç İş İlişkisi Kanununun 1.maddesinin 2., 2a ve 4. fıkralarına. Ayrıntılar için Bkz.: Neumayer/Reiser, a.g.e., s.218.

mümkün olmakla birlikte, ayrı bir model daha karşımıza çıkmaktadır. Bu modelin ayrı bir başlık altında ele alınması uygun görülmüştür.

1. Gerçek Ödünç İş İlişkisi

Avusturya'da, bir işgörenin işe alındığı iş yerinde istihdam edilmek üzere çalıştırılması söz konusu ise ve sadece istisnai durumlarda ödünç veriliyorsa gerçek ödünç çalışmadan (echte Leiharbeitsverhältnis) bahsedilmektedir (Löschnigg, 2011, s.208 vd). Böyle bir durumda işgörenin istisnai olarak başka bir işverenin yanında iş görme borcunu yerine getirmesi suretiyle üçlü bir iş ilişkisi kurulmaktadır.

Böylece gerçek bir ödünç iş ilişkisinden bahsedebilmek için ön koşul, işgörenin geçici olarak ödünç veriliyor olması ve bu işin profesyonel amaçlı yapıyor olunmamasıdır. Bu yönde bir istihdam ilişkisi kurulacak ise, esas itibarıyla çalışma koşullarında değişikliğe gidilmesi anlamını taşıyacağından dolayı, önceden mutlak olarak işgörenin onayının alınması gerekmektedir (Kuzmich, s.39).

İşverenin bu yönetime başvurusundaki başlıca nedenler, işletmeleri arasında personel arz ve talep dengesini sağlamak, piyasadaki gelişmelere göre üretim sürecini dengelemek ve işgörelere farklı işletmelerdeki bilgi ve deneyimleri aktarmaktır.

Holding bünyesinde bir işgörenin, Türkiye'de olduğu gibi, rızası alınmak koşuluyla ve sosyal hakları kısıtlanmadan, istihdam edildiği işyerinden geçici olarak yine holdinge bağlı başka bir işyerine ödünç verilmesi, yukarıda ifade edildiği üzere, Avusturya'da kanunun kapsam alanına girmemekle birlikte, gerçek ödünç iş ilişkisi olarak değerlendirilmektedir.³⁰

2. Gerçek Olmayan Ödünç İş İlişkisi

Gerçek olmayan bir ödünç iş ilişkisinde (unechtes Leiharbeitsverhältnis), işgörenin daha

baştan itibaren başka işverenlerde iş görme borcunu yerine getirmek üzere istihdam edilmesi söz konusu olmaktadır. Diğer bir ifadeyle işverenin daha baştan itibaren işgöreni bizzat istihdam etmek gibi bir amacı bulunmamaktadır. Bu durum için Avusturya'da aynı zamanda mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi kavramı da kullanılmaktadır ki bazı ülkelerde bu durum profesyonel ödünç iş ilişkisi biçiminde kavramsallaştırılmaktadır. Bu yönde faaliyet göstermek isteyen girişimcilerin ise Zanaat Tüzüğü'nün (Gewerbeordnung) hükümleri uyarınca bu alanda faaliyet gösterebileceklerine dair izin almaları gerekmektedir. İzin alındıktan sonra ise Federal Ödünç İş İlişkisi Kanununun tüm hükümleri uygulama alanı bulmaktadır (Löschnigg, s.209).

Profesyonel ödünç iş ilişkisinde mutlak anlamda iş ilişkisi kurulurken, ödünç veren işveren ile işgören arasında, daha baştan itibaren üçüncü bir kişiye ödünç verileceği hükmü iş sözleşmesinde belirlenmek durumundadır (Geppert, 1969, s.127).

Bu çalışma biçiminin Avusturya'da daha ilk yıllarda oldukça yaygın olarak kullanıldığı bilinmektedir. 1980'li yılların sonuna doğru çok sayıda işletmenin, işgörenleri doğrudan bizzat istihdam etmek amacıyla değil, başka işverenlere ödünç vermek üzere özellikle sekreterlik, temizlik işleri olmakla birlikte bunun dışında özel bir uzmanlık gerektiren işler için de işe aldıkları gözlenmiştir. Hatta bu durumun çok fazla yaygınlık kazandığına, İş Kurumlarının dahi bu işletmelerden işgücü ödünç aldığına işaret edilmektedir. Ancak bu durum, belirli bir ölçüde işgörenlerin haklarının, özellikle de iş güvencesi boyutunda kısıtlanmasına neden olabildiği için ve de o dönemde işe aracılık tekeli elinde bulunduran İş Kurumlarının³¹, tekelinin kırılması nedeniyle, eleştirilmiştir. Ancak hiç bir suretle bu istihdam formunun yasaklanması talep edilmemiş, aksine bu çalışma biçiminin kayıt dışı istihdam ile mücadelede önemli bir rol oynayacağına vurgu yapılmıştır (Maly ve Marold, s.42).

30 Avusturya'da holding bünyesinde personel istihdamı ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz.: Linda Kreil/ Remo Sacherer, Formen des konzernweiten Personaleinsatzes, Österreichisches Recht der Wirtschaft, 3/2012, s. 156-161.

31 İşe aracılık tekeli ile ilgili dönemin yasal düzenleme için Bkz.: Bundesgesetz vom 12. Dezember 1968 betreffend die Arbeitsmarktförderung (Arbeitsmarktförderungsgesetz - AMFG) .9 Abs. 4 in der Fassung von 1989.

3. Avusturya'ya Özgün bir Uygulama – Zincirleme Ödünç İş İlişkisi

Bilindiği üzere, ödünç iş ilişkisi yanı sıra asıl işveren - alt işveren yani alt işverenlik ilişkisi birçok ülkede olduğu üzere Türk İş Hukuku bağlamında da üçlü iş ilişkisi olarak değerlendirilmektedir. Bu çalışma kapsamında ödünç çalışma modelleri kapsamında kaleme alınmış olan ve ülkemizdeki literatürde karşılaşmadığımız bir uygulama Avusturya'da hayat bulmuştur ve geniş bir biçimde uygulanmaktadır. Bir anlamda klasik olarak adlandırabileceğimiz üçlü iş ilişkisinden farklı olarak, dördü bir iş ilişkisinin varlığı karşımıza çıkmaktadır. Bu da Türkçe'ye "alt ödünç iş ilişkisi olarak" tercüme edilmesi mümkün olan "Subüberlassung" modelidir. Bu modelin detaylı bir biçimde incelenmesi ayrı bir yazının konusunu oluşturmakla birlikte ödünç çalışmanın boyutlarını ortaya koyabilmek açısından son derece önemli olduğundan kısaca üzerinde durulması uygun görülmüştür.³²

Zincirleme ödünç iş ilişkisi (Kettenüberlassung) olarak da anılan bu model (Neumayer ve Reisner, s.219), yukarıda temel özelliklerine değinilen profesyonel ödünç iş ilişkisi ile kurulmuş olan istihdam ilişkisinde, ödünç verilen işçinin, ödünç alan işveren tarafından diğer bir işverene ödünç verilmesi esasına dayanmaktadır. Dolayısıyla burada artık üçlü bir iş ilişkisi değil, adeta dördü bir iş ilişkisi söz konusu olmaktadır. Çünkü ödünç alan işveren de bu durumda ödünç veren işveren – hatta ödünç veren ikinci işveren - konumuna gelmektedir.

Bu uygulama ilk zamanlarda Avusturya'da oldukça yoğun tartışmaların yaşanmasına neden olmuştur. Akademisyenlerin bir kısmı bunun mümkün olamayacağını savunurken diğer bir kısmı ise yasanın bu duruma engel olmadığı yönünde görüşlerini açıklamışlardır. Esasen tam anlamıyla bu tartışmaların sona erdiğini söyleyebilmek de mümkün değildir. Ancak

Yüksek Mahkeme vermiş olduğu bir karar ile bu yönde kurulacak olan bir ödünç iş ilişkisinin, tüm tarafların - yani hem ödünç veren ilk işveren, hem ödünç veren ikinci işveren hem de ödünç alan işveren - sorumluluklarını taşımaları ve böylelikle Federal Ödünç İş İlişkisi Kanunu hükümlerinin tümünün uygulanması halinde uygulamanın yasal olacağına hükmetmiştir. Dolayısıyla kanunda bu model açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte Yüksek Mahkeme uygulanmada yasal bir engelin bulunmadığı yönünde karar vermiştir.³³ Yüksek Mahkeme bu yöndeki kararını daha sonradan farklı dava konusu olaylarda da tekrar etmiştir.

Günümüzde bu model, işgörenlerin hiçbir hakkı kısıtlanmadan sorunsuz bir biçimde işletilmektedir.³⁴ Bir anlamda bu uygulamanın adeta ödünç çalışmanın, alt işverenlik ile ödünç çalışma modelinin birleşiminden oluşan yeni bir formu olduğunu söylemek mümkündür. Şüphesiz olarak bu yeni model bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Sorunlar özellikle işverenlerin yasal hükümleri tam anlamıyla yerine getirmemeleri halinde kendisini gösterebilmektedir.

Bu uygulama bize bugün itibariyle, coğrafi anlamda küçük olan, ancak başarılı bir ekonomiye sahip ve işsizlik oranı AB ortalamasının oldukça altında olan bir ülkede dahi istihdam biçimlerinin ne oranda esnekleştirilebildiğini göstermektedir.

IV. Sınır Ötesi Ödünç İşgücü İstihdamı

Serbest dolaşım hakkının bir sonucu olarak bugün, AB'nin üye ülkelerinde farklı AB vatandaşları istihdam olanağı bulmaktadırlar. İşgücü piyasalarının AB boyutunda artık belirli ölçüde iç içe geçmiş olmasının bir sonucu olarak, işgücü mobilitesi farklı faktörlere bağlı olarak oldukça yüksek düzeylerde seyretmektedir.

33 Bkz.: OGH 9.7.2008, 9 ObA 91/07 h

34 Bkz.: Georg Brückmüller, Stellungnahme zur Beschäftigerhaftung Stand 2/2011, <http://www.akru.at/daten/Haftung.pdf> erişim 18.09.2013

32 Ayrıntılar için özellikle Bkz.: Wolfgang Mazal, Zur Zulässigkeit von Subüberlassung, ecoloex, 2001, s.256 vd.

Ödünç iş ilişkisi kapsamında istihdamın da son yıllarda AB boyutunda da farklı bir ivme kazandığını izlemektedir. Bir taraftan ulusal işgücü piyasalarından diğer işgücü piyasalarına işgücü gönderilirken diğer taraftan ulusal işgücü piyasalarına ödünç iş ilişkisi sayesinde farklı ülkelerden işgücü istihdamı gerçekleştirilmektedir.

1. Avusturya'ya Ödünç Çalışan Gönderimi

İfade edildiği üzere son yıllarda dikkat çeken başka bir gelişme, klasik anlamda istihdam edilmek üzere başka üye ülkelere giden AB üyesi işgörenlerin yanında, giderek ödünç çalışma kapsamında da bu uygulamanın yaygınlık kazanmasıdır. Bu durum özellikle AB'nin son genişleme dalgasının ardından serbest dolaşım hakkının tanınmasının sonrasında daha sıklıkla görülmeye başlanmıştır. Öyle ki özellikle Almanya'da inşaat ve tarım sektörlerinde, ağırlıklı olarak Polonya ve diğer eski doğu bloğu ülkelerinden gelen çalışanların ödünç iş ilişkisi kapsamında da istihdam edildikleri görülmektedir.

Avusturya'ya baktığımızda da aslında durumun çok farklı olmadığını izlemektedir. Bu yönde bir istihdam ilişkisi kurulacak ise farklı bir yasal düzenleme karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda Hizmetlerin Sunulması Çerçevesinde İşçilerin Gönderilmesine İlişkin 96/71/EG sayılı Direktifin³⁵ hükümleri ve bu hükümlerin ulusal mevzuatta dönüştürüldüğü yine Federal Ödünç İş İlişkisi Kanununun ilgili maddeleri karşımıza çıkmaktadır.

Eğer bir işletmenin Avusturya'da birimi bulunmuyorsa ve bir sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğü gereğince geçici olarak işgörenlerini gönderiyorsa ödünç iş ilişkisinden söz edilmektedir (Mayr, 2011, s.30).

Avusturya'ya esas itibariyle, yabancı bir ülkeden ödünç çalışma modeli kapsamında

işgören gönderimi yasaklanmıştır. Ancak ilgili bakanlığın ödünç verilme iznini (Überlassungsbewilligung) vermesi halinde, istisnai bir durum söz konusu olabilmektedir. İzin verilmesi ise istihdam edilecek işgörenlerin özel vasıflara haiz olmaları ve de istihdamlarının işgücü piyasası ve ekonomi politikaları açısından özel önem taşıması koşuluna bağlanmıştır. Bununla birlikte düzenlemenin ilgili işgörenlerin yurtiçi işgücü piyasasından temin edilemiyor olması ve de diğer çalışanlar üzerinde ücret ve çalışma koşulları bakımından olumsuz bir etki yaratmıyor olması şartına bağlanmıştır.³⁶

Bu izin kapsamında istihdam edilen işgörenlere aynen o işyerinde istihdam edilen diğer ödünç çalışan işgörenler için geçerli olan çalışma koşullarının uygulanması esastır. Daha açık bir ifadeyle, toplu sözleşmelerde belirlenen ücretin ve diğer şartların yabancı ödünç çalışanlar için de sağlanması gerekmektedir (Ofner ve Schindler, s.20).

Ancak Avrupa Ekonomik Alanı içerisinde Avusturya'ya ödünç işgören verilmesi söz konusu ise bu durumda belirtilen hükmün, diğer bir ifadeyle izin alma yükümlülüğünün uygulanması söz konusu olmamaktadır. Ancak böyle bir durumda Maliye Bakanlığına bağlı olan Kayıtdışı İstihdam Kontrol Koordinasyon Merkezine (Zentrale Koordinationstelle des Bundesministeriums für Finanzen für Kontrolle illegaler Beschäftigung) bilgi verme yükümlülüğü getirilmiştir. Burada amaçlanan ise ilgili makamların, tarafların yasalara uygun bir biçimde hareket edildiğinin denetlenmesini sağlamalarıdır. Bildirim yükümlülüğünün ise en geç işe fiilen başlamadan bir hafta önce yerine getirilmesi gerekmektedir.³⁷

Bu bakımdan Avusturya'ya ödünç iş ilişkisi kapsamında diğer AB üyesi ülkelere gönderilecek olan işgörenler için Avusturya vatandaşları için uygulanacak hükümlerin aynısının uygulanması söz konusudur. Nite-

35 Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen.

36 Bkz.: Federal Ödünç İş İlişkisi Kanununun 16.maddesinin 3.fikrasına.

37 Bkz.: <http://portal.wko.at> erişim 17.09.2013.

kim Avusturya Yüksek Mahkemesi yeni tarihli bir kararında³⁸, Avrupa Ekonomik Alanı içersinden gönderilen bir ödünç çalışanın, 96/71/EG Sayılı Direktifin hükümleri kapsamında doğrudan Federal Ödünç İş İlişkisi Kanununun hükümlerinden yaralanacağına hükmetmiştir.

Bu genel hükme rağmen Bulgaristan ve Romanya'nın Birliğe katılması ile birlikte belirlenen geçiş hükümleri kapsamında, 31.12.2013 tarihine kadar diğer ülke vatandaşları için geçerli olan düzenlemenin uygulanmasına karar verilmiştir. Diğer bir ifadeyle bu iki ülke vatandaşlarının diğer AB üyesi ülke vatandaşları gibi herhangi özel bir izne tabi olmadan Avusturya'ya ödünç verilebilmeleri ancak anılan tarihten sonra mümkün hale gelebilecektir.

Diğer taraftan, AB üyesi bir ülkeden işgörenlerin Avusturya'ya ödünç verilmesi söz konusu ise ödünç veren işveren ile işgörenin, kendi ülkesindeki ulusal mevzuatının geçerli olabileceği yönünde anlaşmaya varabilmeleri mümkündür. Böyle bir durumda ödünç veren işverenin işletmesinin bulunduğu ülkedeki yasal hükümlerin uygulanması söz konusu olmaktadır. Ancak bununla birlikte, ödünç verilen işgörene Avusturya'daki asgari koruma hükümlerinin uygulanması yine söz konusu olmaktadır. Böylece ödünç çalışan işgören diğer çalışanlarla aynı ücret, aynı çalışma süresi ve teknik iş güvenliği hükümlerinden yararlanacaktır (Mayer, s.43). Taraflar aralarında hangi ülkenin mevzuatının uygulanacağına ilişkin bir düzenlemeye gitmemişlerse Avusturya'da yürürlükte olan hükümlerin uygulanması söz konusu olacaktır.

2. Avusturya'dan Yurtdışına Ödünç İşgören Gönderimi

Avusturya'ya yurtdışından işgören gönderimi mümkün olduğu ve uygulandığı gibi, ödünç çalışma modeli kapsamında doğal olarak bu ülkeden yurtdışına da işgören gönde-

rimi mümkün olabilmektedir. Bu konudaki yasal çerçeve Kanunun 16.maddesi ve devamında hüküm altına alınmıştır.

Ancak yasa koyucu, Avusturya'dan yurtdışına işgörenlerin ödünç verilmesini önemli bir koşula bağlamıştır. Buna göre, işgörenin gönderilebileceği ülkelerin bir yönetmelik ile düzenlenmesi veya kanunun 2.maddesi hükümüne uygun bir izin verilmesi gerekmektedir. Ancak henüz bu konuda bir yönetmelik yayımlanmış değildir (Ofner ve Schindler, s.20). Bunun altında yatan muhtemel neden, Avusturya'da işgörenlerden ve işverenlerden bu yönde bir talebin gelmemiş olmasıdır. Nitekim Avusturya'nın işgücü piyasasının içinde bulunduğu durum ve işsizlik oranlarının diğer ülkelere oranla çok daha düşük seyrediyor olması ve hatta ifade edildiği üzere AB düzeyinde en düşük olması, bu yönde bir talebi yaratmamaktadır.

V. Uygulamaya İlişkin Temel Veriler

Ödünç iş ilişkisi kapsamında kurulan istihdam ilişkileri son yıllarda Avusturya'da oldukça hızlı bir yükselme trendi içerisine girmiştir. Öyle ki, 1995 yılında bu model kapsamında istihdam imkanı bulan işgörenlerin sayısı 12.500 iken bu rakam 2008 yılı sonu itibariyle 68.000'e yükselmiştir. Diğer bir ifadeyle anılan dönem içerisinde beş katı bir artış yaşanmış olup, bu rakam tüm çalışanlar içersinde % 2 oranına karşılık gelmektedir (Ofner ve Schindler, s.3).

Konu bağlamında daha güvenilir veriler elde etmek adına 2006 yılından itibaren yeni bir yöntemle geçilmiştir. Bu yeni yöntemle göre online bir sistem ile ödünç çalışan işgörenler belirlenmektedir.

Federal Çalışma Sosyal ve Tüketiciler Bakanlığının (Bundesministerium für Arbeit Soziales und Konsumentenschutz) profesyonel ödünç iş ilişkisi ile ilgili yayımlanmış olduğu 2012 yılı (31 Temmuz 2012 tarihi itibariy-

le) verilerine göre Avusturya'da toplam 2.048 işletmenin profesyonel anlamda ödünç iş ilişkisi kurma izni bulunmaktadır. Ancak 31 Temmuz 2012 tarihinde bu alanda faaliyet gösteren 1.297 işletmede 78.414 işgörenin fiili olarak ödünç verildikleri tespit edilmiştir. Bu kapsamda anılan tarihte 751 işletme herhangi bir işgöreni ödünç vermediklerini beyan etmişlerdir. Burada ifade edilen rakamlar oranlandığında sosyal sigortalara kayıtlı olan tüm çalışanlar içerisinde ödünç istihdam edilenlerin oranının % 2,4 olduğu görülmektedir.

Kriz ortamı ile birlikte 2009 yılında bir yıl öncesine oranla ödünç çalışanların sayısında azalma görülmüş olsa da 2010 ve devamı yıllarda yeniden bir artış yaşanmıştır. Son açıklanan veriler ışığında ödünç çalışanların % 68'ni erkek işgücünün oluşturduğu tespit edilmiştir. Bununla birlikte ödünç çalışanların % 59'unun altı aydan daha kısa bir süre için ödünç verildiği belirlenmiştir.

Bu model kapsamında istihdam imkanı bulan işgörenlerin, emeklerini arz ettikleri sektörler incelendiğinde ise birinci sırada % 74,5 ile sanayi ve üretim sektörünün geldiği görülmektedir. Bunun sonucunda da ödünç işgücü istihdamı, sanayinin yoğun olduğu Yukarı Avusturya, Steiermark Eyaletlerinde daha belirgin biçimde ortaya çıkmaktadır.

Yine yayınlanmış olan istatistikler kapsamında 31 Temmuz 2012 tarihi itibarıyla 738 işgörenin yurtdışından Avusturya'ya gönderilerek ödünç iş ilişkisi modeli kapsamında istihdam edildiği görülmüştür. Ancak istatistiklerde işgörenlerin hangi ülkelerden geldiği konusunda bir bilgiye yer verilmemiştir.³⁹

VI. Genel Değerlendirme

Yıllar içerisinde yapılan gözlemler açıkça ortaya koymaktadır ki ödünç çalışma mode-

li kapsamında istihdam, daha çok ekonomik anlamda belirsizliklerin olduğu ortamlarda başarıyla işletilebilen bir uygulama olmaktadır. Bu bakımdan, salt iş mevzuatından kaynaklanan yükümlülüklerden kaçmak amacıyla uygulandığında işletmelerin başarılı görülmelerinden ziyade işgörenleri sömüren bir bakış açısıyla lanse edilmelerine ve itibar kaybetmelerine neden olabilmektedir. Ancak ekonomik belirsizliklerin yanında kısa vadeli olarak ortaya çıkan işgücü gereksinimini karşılamak ve böylelikle üretim çarkını döndürmek noktasında da son derece etkin bir model olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Bir ülkenin ekonomisi adeta bir saat sistemine benzemektedir. Küçük dişlilerden birisinin bir dişi kırıldığında belki ilk etapta diğer dişlilerin ve büyük çarkın dönmesine engel oluşturmaz; ancak belirli bir zaman sonra büyük dişlinin dönmesini engelleyecek, hatta durdurabilecek bir arıza ortaya çıkartabilecek ve sistemin kilitlenmesine neden olacaktır. Her bir işletmeyi küçük çarkın bir dişlisi olarak kabul edecek olursak birinin arızalanması zamanla tüm sistemi etkilemeye başlayacaktır. Bu durumda salt makro düzeyde değil, mikro düzeydeki ihtiyaçları gözlemleyerek işletmelerin gereksinimlerine cevap vermek de yasa koyucunun görevleri arasında yer almaktadır.

Yukarıda da ortaya konmaya çalışıldığı gibi ödünç iş ilişkisi, çalışma hayatında genel anlamda olduğu kadarıyla özellikle esneklik boyutunda da tartışılmış ve de tartışılmaya devam etmekte olan bir istihdam formu olarak karşımızda durmaktadır.

Ancak bizi diğer ülkelerden ayıran en önemli nokta, bizdeki tartışmaların profesyonel anlamda ödünç iş ilişkisi modelinin uygulamaya alınıp alınmaması yönünde yoğunlaşmasıdır. Oysa diğer Avrupa ülkelerinde çoktan bu aşamanın ötesine geçilmiş ve tartışma, modelin çalışma hayatının tarafları için yani hem çalışan hem de çalıştıranlar için daha iyi ve sorunsuz hale getirilebilmesi üzerine yoğunlaşmıştır.

39 Ayrıntılar için Bkz.: http://www.beratung-der-zeitarbeit.at/media/downloads/Stichtagserhebung_31.07.2012.pdf erişim 18.09.2013

Bilindiği üzere ülkemizde 4857 sayılı kanun halen profesyonel anlamda ödünç çalışma uygulamasına izin vermemektedir. İzin vermek bir tarafa, konu tartışmaya açıldığında dahi ciddi tepkiler görmektedir. Kayıt dışı istihdamla, işsizlikle mücadelede önemli katkılar sağlayabilecek bu modelin yasal bir zemine oturtulması yönünde bir takım çalışmalara girişilmiş olunmasına karşın, halen bir sonuç alınamamıştır.

Bu kapsamda ülkemizde istihdam piyasalarına işlerlik kazandırmak yolunda İş Kanunumuzun konu bağlamında yeniden düzenlenmesi amacıyla 5920 sayılı Kanun ile mesleki anlamda geçici iş ilişkisi 26 Haziran 2009 tarihinde düzenlenmiş, ancak anılan kanunun 1'inci maddesi Sayın Cumhurbaşkanımız tarafından bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine iade edilmiştir.

Sayın Cumhurbaşkanımızın iade gerekçeleri dikkate alınarak, mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi, 18 Ocak 2010 tarihinde hazırlanan ve Türkiye gündeminde çok yoğun bir biçimde tartışılan, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun tasarılarının 8'inci maddesinde yer almıştır. Ancak ilgili madde Plan ve Bütçe Komisyonu tarafından işçi tarafından gelen yoğun tepkilerden sonra metinden çıkartılmıştır. Plan ve Bütçe Komisyonunun hazırlamış olduğu rapor incelendiğinde, madde metninin, sosyal taraflarla yapılacak görüşmeler sonrasında yeniden yazılmasının daha uygun olacağı yönünde bir ifadeye yer verilmiştir.

Ödünç iş ilişkisini yasal bir zemine oturtmak şüphesiz olarak hem çalışan hem de çalıştıran açısından çok daha yararlı sonuçlar ortaya koyacaktır. Nitekim bilindiği üzere Avrupa'da bazı ülkelerde ilk yıllarda bu istihdam formunun yasaklanması yönündeki eylemler başarısızlıkla sonuçlanmış (Ofner ve Schindler, s.4), bu tutum farklı birçok sorunun ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır. Bu nedenle Avrupa'da olduğu üzere ülkemizde

de artık sendikaların bu istihdam formunun olumlu yönlerinin de bulunduğunu kabul etmelerinin zamanı gelmiş gibi görünmektedir.

KAYNAKÇA

- Brückmüller, G. (2011). Stellungnahme zur Beschäftigerhaftung Stand, erişim (18.09.2013) <http://www.akru.at/daten/Haftung.pdf>
- Geppert, W. (1977). Die gewerbsmäßig betriebene Arbeitskräfteüberlassung: im Spannungsfeld von Verbot und Neuordnung, ÖGB, Wien
- Geppert, W. (1969). Das Leiharbeitsverhältnis in Theorie und Praxis, DRdA
- Greiner, S. (2013). Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung – Abgrenzungsfragen und aktuelle Rechtspolitik, NZA
- Hekimler, A. (2013) "Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişisine İlişkin Mevzuat ve Taslakların Genel Değerlendirmesi", Özel İstihdam Büroları Aracılığı İle Geçici İş İlişkisi Semineri, TİSK, Ankara
- Hekimler, A. (2004). Federal Almanya'da Profesyonel Ödünç İş İlişisinin Yasal Çerçevesi, İşveren
- Heinz, O.S. / Schindler, R. (2012). Arbeitskräfteüberlassung – Leiarbeit/Zeitarbeit, AR 10, AK Österreich
- Kreil L./ Sacherer, R. (2012). Formen des konzernweiten Personaleinsatzes, Österreichisches Recht der Wirtschaft
- KuzmichEveline, D. (2009). Beendigung von Dienstverhältnissen Überlassener Arbeitskräfte, Wien
- Löschnigg, G. (2011). Arbeitsrecht – Gesetze und Kommentare, 11.Auflage, Wien, ÖGB
- Löschnigg, G. / Hekimler, A. (2011). Avrupa İş Hukuku Çerçevesinde Türk İş Hukuku ile Karşılaştırmalı Avusturya İş Hukukunun Temel Esasları, Ankara, Efil
- Marhold, F./ Friedrich, M. (2012). Österreichisches Arbeitsrecht, 2.Auflage, Wien/New York, Springer
- Marhold, F. / Mayer-Maly T. (1999). Österreichisches Arbeitsrecht Band II, 2.Auflage, Wien/New York, Springer
- Mayer-Maly, T. / Marhold F. (1989). Österreichisches Arbeitsrecht, Band I, Wien, New York, Springer
- Mazal W. (2001). Zur Zulässigkeit von Subüberlassung, Ecolex
- Neumayer, M./Reisner G. P. (2011). Zeller Kommentar, 2.Auflage, Wien, Manz
- Sacherer R. (2001). Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU – Rechtliche und Soziale Aspekte, Wien, ÖGB Verlag
- Sacherer, R./ Schöll M. (2005) Gelegentliche Arbeitskräfteüberlassung – Wann und in welchem Umfang ist das AÜG anwendbar?, RdW
- Schindler, R. (2003). Arbeitskräfteüberlassungs-KV, Wien, ÖGB Verlag

- Schrank, F. (2013). Die wichtigsten Neuerungen zur Arbeitskraftüberlassung, Österreichisches Recht der Wirtschaft
- Süral, N. (2013). "AB Müktesebatında Geçici İş İlişkisi", Özel İstihdam Büroları Aracılığı İle Geçici İş İlişkisi Semineri, Ankara, TİSK
- Theodor, T. (1989). Arbeitsrecht – Gestalter und Gestaltungsmittel, 2.Auflage, Wien, Braumüller
- Tüssing, G. (2013). Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Kommentar, Beck, München
- Zimmer R. (2013). Der Gundsatz der Gleichbehandlung in der Leiharbeitsrichtline 2008/104/EG und seine Umsetzung ins deutsche Recht, NZA