

**("FESHE KARŞI GÜVENCE" VE "İŞYERİ YÖNETİMİ"  
YASALARI İLE İŞYERİ GÜVENCESİNİN SAĞLANMASI):  
ALMANYADAKİ HUKUKİ DURUM; AVUSTURYA HUKUKU  
DİKKATE ALINMAK SURETİYLE HAZIRLANMIŞTIR.**

**Prof. Dr. Reinhard RICHARDI\***  
**Çeviren: Prof. Dr. Nurhan AKÇAYLI\*\***

**I. Feshe Karşı Güvencenin Çalışma Düzeninde Fonksiyonu:**

İşçinin modern sanayi toplumu ile sosyal bütünleşmesinde, işçiye sağlanacak işyeri güvencesi, büyük önem taşımaktadır. Bu güvence, F.Almanyada yasal sistemle gerçekleştirilmiş bulunmaktadır. Bunun yanında sözleşme özgürlüğü de devam etmektedir. Dolayısıyla kişi dilediği zaman dilediği kimseyle iş ilişkisi kurabilmektedir: Böylece işçi ve işveren arasında iş ilişkisi, sözleşme özgürlüğü içinde, bir iş sözleşmesinin yapılmasıyla doğmaktadır. Ancak, iş sözleşmesinin yapılmasından sonra, işverenin iş sözleşmesini feshedebilme özgürlüğü sınırlı bulunmaktadır. Buna sebep kural olarak işyerinin işçinin tek geçim kaynağını teşkil ettiği düşüncesidir. Aslında F.Alman Anayasasının 12.nci maddesinde çalışma özgürlüğü ile birlikte işyerinin serbestçe seçimi özgürlüğü de garanti altına alınmıştır. Ancak bu garantinin kağıt üzerinde kalmaktan öteye gitmediği de bir gerçektir. Öte yandan işçiye, diğer yasalarla sağlanan hakların da Demoklesin kılıcı gibi, işverenin denetlenmeyen sözleşmeyi feshedebilme tehdidi altında kullanılacağı düşünülürse, bu hakların da değersiz bir hale geleceği şüphesizdir. Kaldı ki, bütün bu hususların söz konusu olabilmesi için, önce işçinin bir işinin bulunması, yani bir işyerine sahip olması gerekmektedir. İhbar güvencesi açısından, iş ilişkisinin belirli bir süre için kurulmuş olması, yani süresi belli bir iş sözleşmesinin yapılması halinde bir problem ortaya çıkmamaktadır. Bu durumda, iş sözleşmesi belirli sürenin geçmesiyle, yani işverenin fesih bildirisine gerek kalmadan kendiliğinden sona ermektedir (§ 620 Abs. 1.F.Alman Medeni Kanunu; BGB). Ancak burada belirli süreli iş sözleşmesinin gerçek fonksiyonuna aykırı olarak kullanılması ve bu suretle işyeri güvencesinin sağlanamaması, işçiye feshe karşı koruyan ihbar güvencesi hükümlerinden kaçınılabilmesi mümkün bulunmaktadır. Bu sebepten Federal İş Mahkemesi, belirli süreli iş sözleşmesinin yapılabilmesi için,

---

\* *Prof. Dr. Reinhard RICHARDI, Federal Almanya Regensburg Üniversitesi İş Hukuku Öğretim Üyesidir. Bursa Üniversitesi İktisadi ve Sosyal Bilimler Fakültesi davetlisi olarak Bursa'da 24-25 Ekim 1979 tarihlerinde yukarıdaki tebliği vermiştir.*

\*\* *Prof. Dr. Nurhan AKÇAYLI Bursa Üniversitesi İktisadi ve Sosyal Bilimler Fakültesi Öğretim Üyesidir.*

sosyal bakımdan haklı bir gerekçenin varlığını şart koşturmaktadır. Bu durum bir işverenin belirli sürenin bitiminden sonra yeniden belirli süreli bir iş sözleşmesi yapması ve bu suretle belirli süreli sözleşmeler zinciri oluşturması halinde söz konusu olmaktadır.

Görülüyorki, işyeri güvencesini sağlama (işçinin feshe karşı korunması) gereği, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde önem kazanmaktadır. Zira bu takdirde, işçi için geçim kaynağını ilgilendiren bir güven sorunu ortaya çıkmaktadır. Öte yandan Medeni Kanun bir iş münasebetinin tüm borç münasebetlerinde olduğu gibi tek taraflı bildiri ve bu bildirin karşı tarafa iletilmesiyle, yani fesih bildirimini ile sözleşme taraflarından herhangi birince sona erdirilebileceği noktasından hareket etmektedir. Ancak sözleşmenin feshi uyulması zorunlu belirli sürelerle uyulmak suretiyle bildirilebilir (§ 622 DGB). Öte yandan belirsiz bir süre için girişilen bir iş ilişkisinin sadece belli sürelerle uyulmak suretiyle feshedilebilmesi, belirli süreli sözleşmelerde olduğu gibi bazı sakıncaların ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Gerçekten sözleşmenin sona ermesi için ihbar önellerinin sona ermesini beklemek her iki tarafın çıkarları bakımından sakıncalı olabilir. Böyle bir sakıncayı doğuran önemli nedenin bulunması halinde, bir iş sözleşmesine, fesih sürelerinin beklenmesine gerek kalmadan da son verilebilir (§ 626 BGB). Buna normal bir durumu aksettirmedeği için olağanüstü fesih veya derhal fesih denilmektedir. Ancak işyeri güvencesi açısından, derhal fesih (bildirimsiz fesih) bunu haklı gösteren önemli bir sebebin bulunması gerekli olduğundan önemli bir problem teşkil etmemektedir. Halbuki bildirimli fesihte, işçinin iş sözleşmesinin devamına ilişkin çıkarı yetersiz şekilde teminat altına alınmıştır. Çünkü bu durumda işveren, iş ilişkisine son vermek için haklı bir sebep göstermek mecburiyetinde olmayıp, sadece belirli bir süre beklemek mecburiyetindedir. Bu sebepten işyeri güvencesi, bu durumda gerekli görülmemekte ve işverenin işe son verme serbestisi kısıtlanmaktadır.

Genel olarak F.Almanyada işyeri güvencesinin kaynağı 25 Ağustos 1969 tarihinde düzenlenen 10 Ağustos 1951 tarihli Feshe Karşı Güvence (İhbar Güvencesi) Yasasına dayanmaktadır (Kündigungsschutzgesetz).

Bu yasada genel olarak düzenlenen feshe karşı güvence, ek hükümlerle belirli işçi guruplarına sağlanan özel güvencelerle devam ettirilmiş ve fesih yasakları getirilmiştir (Özel İhbar Güvencesi): Örneğin işçi işyeri yönetiminde (Betriebsverfassung) özel bir fonksiyon üstlendiği, özellikle "İşletme Kurulu" üyesi bulunduğu takdirde, kural olarak, ihbar süresi verilmek suretiyle, olağan fesih sebeplerinden biriyle işten çıkartılmamaktadır. Bu işçi, sadece derhal fesih sebeplerinden birine dayanmak suretiyle işten çıkartılabilmekte ve bu fesih işletme kurulunun onayını gerektirmektedir (§§ 15, 16 Kündigungsschutzgesetz, kısaltılmışı: KSchG). Yine kadın işçilerin işlerine de, bunların hamilelik süresinde ve doğumdan sonraki 4 ay içinde bildirimli veya bildirimsiz fesih yoluyla son verilememekte, sadece istisnai durumlarda işçiyi korumakla görevli makamların, feshi haklı bulduklarını bildirmeleri halinde, fesih mümkün bulunmaktadır (§ 9 Mutterschutzgesetz Analığı Koruma Yasası). Ağır malul bir işçinin derhal fesih halinde dahi, işten çıkartılması, haklı sebebe dayansa bile ilgili makamların onayını gerekli kılmaktadır (§§ 12 ff. Schwerbehindertengesetz).

## II. Feshe Karşı Güvencenin Genel Olarak Düzenlenmesi:

İşçiyi feshe karşı koruma, hukuk tekniği bakımından çeşitli şekillerde düzenlenmiştir. İlk genel düzenleme, İşletme Kurulları Yasasında yer almıştır (Betriebsstrategesetz kısaltılmışı:BRG). 4 Şubat 1920 tarihini taşıyan bu yasa işçinin yapılan bir ihbara, 5 gün içinde İşçi Kurulu veya Müstahdem Kurulu nezdinde itiraz edebileceğini kabul etmiştir (§ 84 BRG). Bu itiraz üzerine toplanan işletme temsilcileri ile işveren anlaşamadıkları takdirde, ilgili işçi veya işveren veya işletme veya müstahdem kurulu iş mahkemesine baş vurabilmektedir (§ 96 BRG). İş Mahkemesi, itirazı haklı bulduğu takdirde, işveren işçinin tekrar işyerine dönmesini reddediyor ise, işvereni işçinin işletmeye mensubiyet süresine göre derecelendirilmiş bir tazminatı ödemekle yükümlü tutabilmektedir (§ 87 BRG). Feshe karşı güvence, bu sistemde *toplu iş hukukuna* göre düzenlenmiş bulunuyordu. İşletme temsilcileri yapılan ihbarı onayladığı takdirde, bu kararın gerekçesini de göstermek mecburiyetindeydi. Bu durumda İşletme Temsilciliği (Betriebsvertretung) işçinin mahkemeye başvurmasını yasaklayabilmekteydi.

Feshe karşı bu güvence sistemi, Avusturya'da bugün hala yürürlükte bulunmaktadır. Nitekim bu sistem, 14 Aralık 1973 tarihinde düzenlenen yasa (Arbeitsverfassungsgesetz § 105-167 ArbVG) tarafından da aynen alınmış bulunmaktadır: Bu yasaya göre, işveren her fesih bildirimini İşletme Kuruluna (Betriebsrat) bildirmek mecburiyetindedir. İşletme Kurulu fesih bildirimini onaylamadığı takdirde bu bildiri, sosyal bakımdan haksız olmakta ve fesih bildiriminde bulunulan işçi, işletmede enaz 6 ay süreyle çalışmış ise, uzlaştırma dairesi tarafından geçersiz sayılabilmektedir. Uzlaştırma dairesinden feshin geçersizliğini istemek, işçinin isteği üzerine İşletme Kurulu tarafından yapılabileceği gibi, İşletme Kurulunun bu isteğe uymak istememesi halinde, doğrudan doğruya fesih bildiriminde bulunulan işçi tarafından da yapılabilir. Bu, toplu iş hukuku hükümlerine göre düzenlenen modelde, İşletme Kurulunun feshi onaylaması halinde, işçi için feshin sosyal bakımdan haksız olup olmadığını tesbit ettirmek üzere uzlaştırma dairesine gitme şansı kalmamaktadır.

Görülüyor ki İşletme Kurulunun veya ilgili işçinin talebiyle uzlaştırma dairesinin, feshi geçersiz sayabilmesi için işletme kurulunun feshi onaylamaması, ön şartı teşkil etmektedir. Böylece Avusturyada hâkim olan görüşe göre, İşletme Kurulunun fesih bildirimini onaylaması halinde, feshin geçersizliğini tesbit ettirmek üzere uzlaştırma dairesine başvurma yolu hem kurul, hem de işçi için kapanmış olmaktadır. Floretta ve Strasser'in iş yasası yorumlarında temsil edilen görüşe göre, feshin geçersizliğini talep etme hakkı (Anfechtungsrecht) toplu iş hukuku niteliğine sahip bulunmakta ve bir yasa maddesine dayanmaktadır.

Buna karşın F. Almanyada geçerli olan feshe karşı genel güvence, ferdi hukuk anlayışına dayanmaktadır: Şöyleki, işverenin fesih bildiriminde bulunduğu işçinin aynı işyerinde veya teşebbüste sürekli olarak çalışması 6 aydan fazla sürmüş ise ve fesihte sosyal bakımdan haksız ise, bu fesih, hukuken geçersiz sayılmaktadır (§ 1 Abs. 1 KSchG). Öte yandan sosyal bakımdan haklı fesih, bulunan işçinin kişiliğinde, işçinin tavır ve hareketlerinde bulunan ve feshi haklı kılan sebeplerdir (§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG). Genel olarak burada işçinin artık çalışmayacak halde olduğu durumlar kastedilmektedir. Bununla beraber hastalık veya randıman düşüşü

gibi sebepler, işçinin bu durumu ile başka bir iş yerinde de çalışması mümkün olmadığı takdirde, feshi haklı göstermektedir. Görülüyor ki, hastalık sebebi ile yapılan feshin haklı olabilmesi için, işçinin bu haliyle başka bir yerde veya başka bir şekilde çalışmasının imkansız olması gerekmektedir.

Yine feshi haklı kılan sebepler içinde, işçinin işine sık sık zamanında gelmesi veya işini düzenli bir şekilde yapmaması da yer almaktadır. Öte yandan, acil işletme zorunluluğunun işin devamını imkansız kılması halinde de, yapılan fesih (Betriebsbedingte Kündigung § 1 Abs. 2Satz 1 KSchG), sosyal bakımdan haklı sayılabilmektedir. Böylece bu sonuncu duruma göre, istihdam güvencesi işletmenin kapatılması veya kısıtlanması veya rasyonalizasyona gidilmesi halinde bir işyeri güvencesi sağlamamaktadır. Rasyonalizasyona veya işletmenin kısmen kapatılması yoluna gidilmesi halinde, hangi işlerin iptal edildiği genellikle belli bulunmamakta, sadece işçi sayısı azaltılmaktadır. İşte bu durumda işverenin hangi işçilerin işten çıkarılacağına dair vereceği karar önemli bulunmaktadır. Şöyleki; işverenin bu kararı, işletmeye has bir zorunluluğun sonucu olduğu halde, işten çıkartılacak işçilerin seçiminde bunların sosyal durumlarına hiçbir şekilde veya yetersiz derecede itibar edilmiş ise, işverenin feshine ilişkin kararı sosyal bakımdan haksız sayılabilmektedir (§ 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG). Örneğin rasyonalizasyona gidilmesi halinde, sözleşmesi feshedilmeyecek işçilerin tesbitinde, eşi ve çocuğu olmayan bir işçi, eşi ve çocuğu olan bir işçiye tercih edilmiş ise, bu karar sosyal bakımdan haksız bir karardır. Bununla beraber belirli bir işi yapabilme ehliyet ve yeteneğine, eşi ve çocuğu olmayan bir işçi sahip bulunuyorsa, bu ve buna benzer durumlarda sosyal duruma göre karar verilmesi mümkün olmayabilir. Bu takdirde böyle bir işçi işyerinde tutmak sosyal bakımdan haklı sayılmaktadır (§ 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG). Burada hukuken önemli bir mesele şöyle ortaya çıkmaktadır: Avusturyada olduğu gibi kollektif hukuk hükümlerine göre bir fesih bildirimini, sosyal bakımdan haksız dahi olsa, önce hukuken geçerli bulunmaktadır. Yapılan feshin geçersiz olduğuna dair uzlaştırma dairesi tarafından bir karar verilmiş olsa dahi, durum değişmemekte, fesih bildirildiği tarihten itibaren geçerli sayılmaktadır. Böylece uzlaştırma dairesinin, feshin geçerli olmadığına dair verdiği karar, düzenleyici bir etkiye sahip bulunmaktadır (§ 105 Abs. 5 Arb VG). Buna mukabil F.Almanyada işçiye feshine karşı koruyan hukuka göre, fesih sosyal bakımdan haklı değil ise, hukuken daha başından itibaren geçersiz sayılmaktadır. Bu açıdan özel bir düzenleyici karara gerek bulunmamaktadır. Öte yandan yapılan feshin sosyal bakımdan haksız olduğu çok müphem olabileceğinden, işçinin feshin bildirildiği tarihten itibaren 3 hafta içinde İş Mahkemesine baş vurarak bir tesbit talebinde bulunması ve iş sözleşmesinin ihbar ile feshedilmemiş olduğunu tesbit ettirmesi gerekmektedir (§ Satz 1 KSchG). İşçi bu süreyi geçirirse bu takdirde yapılan fesih, başka nedenlerle geçersiz sayılmıyorsa, başından itibaren hüküm ifade etmektedir. Sosyal bakımdan 'haklılık gereğinin eksikliği, bu suretle telâfi edilmiş olmaktadır (§ 7 KSchG)'. Sözleşmenin fesih ile sona erdirilmesini önlemek için, bu durumda, dava açmak gerekli bulunmaktadır. Ancak dava açma mecburiyeti düzenleyici bir etkiyi yaratmak için değil, bu yolda bir etkiyi önlemek için gerekli bulunmaktadır. Hukuk tekniği bakımından önemli olan, düzenleyici hüküm doğuran bir davanın değil, bir tesbit davasının açılmış olmasıdır. Bu sebepten literatürde temsil edilen, sosyal bakımdan haksız olan feshin,

diğer bir ifade ile feshin mahkemece hukuken geçersizliği bir hükümlle tesbit edilmediği sürece boşlukta, askıda kaldığı görüşü, feshi karşı korunmaya ilişkin hukuka ters düşmektedir. Halbuki hukuk dogmatığı bakımından gerçek bir değerlendirme, pratik bakımdan da çok önemli bulunmaktadır. Çünkü işçiye ihbar sürelerinin geçmesinden sonra, istihdamın devam ettiğine ilişkin bir iddiayı tanımak veya tanınamak, bu değerlendirmeye bağlı bulunmaktadır. Sosyal bakımdan haksız olan feshin, askıda kalan bir etkiye sahip ise, bununla birlikte istihdam iddiasının hiçbir şekilde sözkonusu olamayacağı hususu da kesinlik kazanır. Buna karşılık, yasaya uyarak feshin mahkeme kararı ile geçersiz olduğu kabul edilirse, bu takdirde ihbar süresinin sonunda bir istihdam talebi mevcut olabilecektir. Ortaya çıkan ikilem tamamı ile şu noktada belirmektedir: Taraflar arasında ihbar güvencesi yasasına dayanılarak açılan bir dava sürerken, iş sözleşmesinin hukuken geçerli bir şekilde sona erip ermediği tartışmalı bulunmaktadır. Çünkü işçinin istihdama ilişkin talebi, iş sözleşmesinin mevcudiyetinin devam etmesi halinde mümkün olmakta ve dolayısıyla iş sözleşmesinin mevcudiyetini, önşart kılmaktadır.

### III. İstihdamın Devamının Güvence Altına Alınması:

Hernekadar, işçiye ihbar güvencesi sağlayan yasa, sosyal bakımdan haksız olan feshi geçersiz sayarak, işçiye bir istihdam garantisi (işyeri güvencesi) sağlamakta ise de, olaylar göstermektedir ki, bir işçi açılan davanın hükme bağlanmasından sonra, çok ender olarak işyerine dönmektedir. Genellikle dava, iş sözleşmesinin feshi ile birlikte tazminat talebi ile açılmaktadır ( § 9 KSchG). Kaldı ki kendisine haksız olarak işten çıkma bildirim yapılan işçinin de, yüksek konjonktür döneminde başka bir 'iş bularak, kendisini haksız olarak işten çıkaran işverenin yanına dönmektense, tazminat almayı tercih edeceği varsayımından hareket edilebilir. Öte yandan F.Almanyada gittikçe artan işsizlik sayıları karşısında, işçiyi feshi karşı koruyan hükümlerin, ona gerçek anlamda bir istihdam güvencesi sağlamak şeklindeki amacına ulaşamamış olduğu görülmekte ve bu husus yasanın büyük bir eksikliğini teşkil etmektedir.

Neden işçiyi feshi karşı koruyan hükümler, aslında bir tazminat talebine dönüşmekte, fakat bir istihdam güvencesi sağlamamaktadır. Bunun en başta gelen sebebi, önce mahkemelerin ihbar sürelerinin sona ermesinden önce, karar verebilme durumunda olmayışlarıdır. Karar verilmeye kadar, daha davanın ilk safhasındaki aşamalar yarım yılı almakta ve mahkemenin esasa geçmesiyle de 4 yıla kadar sürmektedir. Bu süre içinde ise, iş sözleşmesi devam ediyor mu, yoksa ihbar ile geçerli olarak feshedilmiş midir sorunu, işçi ve işveren tarafından henüz bilinmemektedir. İşte bu müphemiyet, ihbar güvencesine ilişkin hukukun, istihdamın korunmasına yarayan bir araç olmasını engellemiştir. İşçi böyle bir durumda, genel olarak, derhal başka bir yerde iş bulmaktadır. Öte yandan işçinin işsizlik yardımı ve işsizlik parası alabilmesi için, İş Bulma Kurumuna mutlaka baş vurma ve kurumun kurallarına uyması gerekmektedir (S 100 Abs. 1, S 134 Abs. 1 Nr. 1 Arbeitsförderungsgesetz). İşsizlik Sigortası Yasasına göre ise, işçi dava süresinde iş bulma kurumuna tâbi bulunmaktadır. Çünkü kurum, fiili istihdam münasebetine göre hareket etmektedir. Dolayısıyla işçi ihbar süresinin sona ermesinden sonra, genel olarak emek piyasasında geçerli olan şartlara uygun bir işi kabul etmezse, işsizlik sigortasından para al-

mak hakkını kaybetmektedir. Bunda en önemli etken ise, yukarıda değinildiği gibi, ihbarın haksız olduğu iddiası ile açılan davaların, işçi için emek piyasasında iş bulma imkanının mevcut olması halinde, daima bir tazminat talebine dönüşmesidir. Böylece hukuken geçersiz bir feshe rağmen, işçinin işyerini kaybetme tehlikesinin önlenememesi, iş sözleşmesinin ihbar ile sona erip ermediği hususunun şüpheli bulunduğu sürece, işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesinin mümkün olmasıyla gerçekleştirilebilir. Bu amaca hizmet eden bir düzenlemeye ise, İşletme Yönetimi Yasasında (Betriebsverfassungsgesetz, kısaltılmışı: BetrVG) rastlanmaktadır.

Bu yasaya göre, işverenin tüm fesih ihbarlarını işyerinde kurulu bulunan İşletme Kuruluna önceden bildirmesi gerekmektedir. Bu yapılmadığı takdirde, yapılan fesih bildirimleri geçersiz sayılmaktadır. Bu durumda işçinin istihdamın devam ettiğine dair 3 hafta içinde bir tesbit davası açmasına gerek bulunmamaktadır (§ 102 Abs. 1 BetrVG, § 13 Abs. KSchG). İşletme Yönetimi Yasasına (BetrVG §. 102 Abs.3) göre, İşletme Kurulunun yasada belirtilen itiraz sebeplerine dayanarak, feshe itiraz etmesi halinde, işveren feshin haksız olduğu yolunda dava açan işçiyi, dava sona erinceye kadar, aynı şartlarla çalıştırmaya devam etmek mecburiyetindedirler (§ 102 Abs.5 BetrVG). Böylece İşletme Kurulunun itirazı ile işyeri güvencesi büyük ölçüde sağlanmış olmaktadır. Bununla beraber, bu hükmün kuvveti çok zayıf bulunmaktadır. Çünkü bu hükmün uygulanabilmesi için, önce işletmede bir İşletme Kurulunun bulunması gerekmektedir. Sonra bu kurulun itirazda bulunabilmesi için ilgili yasada (§ 102 Abs. 3 BetrVG), belirtilen itiraz sebeplerinden birine dayanması gerekmektedir. İtiraz nedenleri ise, son derece kısıtlı bulunmakta ve sadece işletme zorunluluğu, yani işletmenin tamamen veya kısmen kapatılması veya rasyonalizasyona gidilmesi gibi sebeplerle yapılan fesihlerde, işverenin işten çıkartılacak işçileri seçerken, bunların sosyal durumları bakımından gerekli hususlara riayet etmemiş olması veya işçinin işletmenin başka bir bölümünde veya aynı teşebbüsün başka bir işletmesinde, bir eğitim değişikliği veya iş sözleşmesinin değiştirilmesi suretiyle çalışmaya devam etmesinin mümkün bulunmasına rağmen işten çıkartılması gibi belirli birkaç olayı inhisar etmektedir. Buna mukabil işçinin kişiliğinde veya tavır ve davranışlarındaki bir nedene dayandırılan fesihte, durum genel olarak tartışmalı bulunmaktadır. Ayrıca bu nedenlerle yapılan feshe, İşletme Kurulunun itiraz etmesi halinde, itiraz üzerine işverenin işçiyi çalıştırmaya devam etme yükümlülüğü de bulunmaktadır. Burada da sorunun özü, feshin sosyal bakımdan haklılık gerekçesine ilişkin bulunmakta, buna rağmen İşletme Kurulunun itiraz haklarının kapsamı dışında bulunmaktadır.

Bu sebepten şöyle bir sorun ortaya çıkmaktadır: Acaba yukarıda adı geçen itiraz sebeplerini içeren yasa hükmünün (§ 102 Abs. 5 BetrVG) uygulanmasına imkan olmadığı hallerde İşletme Kurulu, işçinin ihbar sürelerinin geçmesinden sonra da işe devamını isteyebilir mi? Konuya açıklık kazandırmak bakımından burada iki hususu birbirinden ayırmak gerekmektedir. Şöyleki, İşletme Yönetimi Yasasından (§ 102 Abs. 5 BetrVG) doğan istihdamın devamına ilişkin talep ile iş sözleşmesinden doğan istihdam talebi aynı şey değildir. İşçi, İşletme Yönetimi Yasasına göre (§ 102 Abs. 5 BetrVG), ön şartları belirtilen nedenlerle istihdamın devam etmesini talep ettiği zaman hukuk dogmatığı bakımından bir düzenleyici işlem söz konusu olmakta ve bu işlemde feshi bildirilen iş sözleşmesi varlığını geçici olarak korumağa

devam etmektedir. Yeni itiraz haklarının kullanılması ile, iş sözleşmesi ihbar süresinin sonunda tekrar yürürlüğe girmektedir. Böylece aslında geçici olarak bir istihdam (işyeri güvencesi) yaratılmış olmakta, fakat fesih sosyal bakımdan haklı mıdır ve böylece hüküm doğurmakta mıdır sorunundan tamamiyle bağımsız bulunmaktadır.

Bunun dışında, işçinin istihdama ilişkin bir talebi mevcut olduğu zaman, işçinin kaynağını şahsın hukukunda bulan bir hakkı akla gelmektedir. Bu hak, işverenin çıkarlarını önemli bir şekilde ihlal etmiyor ise, işveren için işçiyi hem çalıştırmak hem de ücretini ödemek yükümlülüğünü ifade etmektedir. İşverenin örneğin; bir tenoru işe aldıktan sonra, ona sadece ücretini ödemekle kalmayıp onu aynı zamanda sahneye çıkarmakla da yükümlü olduğu hususu, daha Weimar döneminde Hugo Sinzheimer tarafından kabul edilip öğretilmekteydi. Öte yandan istihdam imkanı, sadece burada olduğu gibi, istisnai durumda bulunan birkaç kişi için değil herkes için, şahsiyetini geliştirme veya en azından emek yoluyla geçimini sağlama hakkının temelini teşkil etmektedir. Bu sebepten Federal İş Mahkemesi haklı olarak yasal bir dayanak olmadan da, istihdam iddiasının mevcut olabileceğini kabul etmiştir. Çünkü "istihdam münasebeti devam ettiği için, işveren tarafından ücreti ödenip fakat uzun süre çalıştırılmayan işçinin, böyle bir durumda hizmetinin son derece düşük bir değere sahip olduğu, bu yüzden de işverenin hizmeti istemektense parayı sokağa atmayı tercih ettiği yolunda bir intibanın uyanmasına yol açmaktadır".

Öte yandan istihdam telebinin ön şartı ise, iş sözleşmesinin var olmasıdır. Şayet bu husus ihbar süresinin geçmesinden sonra hala bilinmiyorsa, bu takdirde sözleşmenin varlığının hiç olmazsa geçici bir süre için korunması gerekir. Böyle bir korunma ise, İşletme Yönetimi Yasasında (§ 102 Abs. 5 BetrVG) çok sınırlı bir şekilde sağlanmış bulunmaktadır. Bu sebepten ihbar süresinin sona erdiği tarihten, mahkemenin ihbarın haksız olduğu yolunda vereceği karara kadar geçen süre içinde, istihdamın devam ettiğine ilişkin bir iddiayı iş sözleşmesine dayanmak suretiyle iddia etmeğe imkan bulunmamaktadır. Bunun aksini ileri sürenler ancak bir Münchhausen içtihadına dayanabilirler. Bu 18.yüzyıl Alman Edebiyatında sözü edilen yalancı baronu, tarihin dediğine bakılırsa, bir top mermisi üzerinde İstanbul'a gelmiş, Sultana Viyana şarabı ikram etmiş, ancak onun haremine de sızmayı başarmış bir kişidir. Yine başka bir iddiaya göre, bu baron kendisini saç örgüsünden tutarak bataklıktan çekip çıkaran, bir kişi olarak tanıtmaktadır.

İş sözleşmesinden doğan istihdam hakkına dayanarak iş sözleşmesinin geçici varlığını gerekçelendirmeğe çalışmak, baronun kendi saçını tutarak bataklıktan kurtulmaya çalışmasına benzer. Gerçekten iş sözleşmesi fesih ile sona ermemiş ise, ancak bu takdirde istihdam iddiası mevcut olabilir. İş sözleşmesinin varlığı müphem kaldığı sürece, istihdam iddiası da müphem kalmaktadır. Bununla beraber işçi, ihbarın sosyal bakımdan haksız olduğunu tesbit etmek için, sadece bir tesbit davası ile iktifa etmeyip, tesbit davası yanında işverenin istihdam yükümlülüğünün devamına ilişkin bir kararın verilmesi talebinde de bulunabilir. Mahkeme her iki talep hakkında birlikte karar verecek isede, işverenin istihdam yükümlülüğünün devamına karar verilmesi, iş sözleşmesinin ihbar ile fesholmadığını tesbit etmesine bağlıdır. Bunun önemi şurada belirlemektedir. Tesbite ilişkin kararın verilmesinde, hükmün kesinleşmesini beklemeğe gerek bulunmamaktadır. Mahkemenin tesbite ilişkin kararı geçici olarak hüküm ifade etmektedir.

Bu anılan durumda işçinin ilk duruşmadan sonra, dava devam ederken işyerine dönmesi mümkün bulunmaktadır. Ancak bu husus dahi, Alman Mahkeme kararlarında son derece tartışmalı bulunmaktadır. Bu sorun Yüksek Federal Mahkemenin Genel Kuruluna (Grossen Senat) intikal ettirilmiş olup, kararın bu yıl içinde çıkacağı tahmin edilmektedir.