

**Alman Federal İş Mahkemesi'nin
2 AZR 596/20 No'lu ve 20 Mayıs 2021 Tarihli Kararı:**

**Kişinin Kimin Önünde ve Hangi Durumda Kıyafetini Çıkaracağına
Karar Verme Hakkını Hiç Sayarak İşyerinde Cinsel Organının
Ortaya Çıkarılmasının Genel Eşit Muamele Kanunu'nun (AGG) 3.
Maddesi 4. Fıkrası Anlamında Bir Cinsel Davranışı İfade Edip
Etmeyeceği Hakkında**

Çev. / Übersetzt von

Araş. Gör. Pelin KURŞAT*

20 Mayıs 2021 tarihli duruşmaya dayanılarak, Federal İş Mahkemesi Başkanı Yargıç Prof. Dr. Koch, Federal İş Mahkemesi Yargıcı Rachor ile yine Federal İş Mahkemesi Yargıcı Dr. Niemann ve gönüllü hakimler Schierle ve Dr. Klein katılımıyla Federal İş Mahkemesi İkinci Dairesi tarafından gereği düşünüldü:

1. Davalının temyiz (*Revision*) talebi üzerine Saksonya Eyaleti İş Mahkemesi'nin 25 Kasım 2020 tarihli ve 5 Sa 128/20 sayılı kararının kaldırılmasına;
2. Davanın, yeniden duruşma yapılmak ve karar verilmek üzere - temyiz sürecinin masrafları da dahil olmak üzere- Eyalet İş Mahkemesi'ne geri gönderilmesine, kanunen karar verilmiştir.

Vakıa

- 1 Taraflar, somut olaydaki üç olağanüstü feshin hukuken geçerliliğini tartışmaktadırlar.

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, e-posta: kursat@tau.edu.tr. ORCID: 0000-0001-7628-9398.

- 2 Davalı bir otomobil üreticisidir. Davacı 2014 yılından beri davalının yanında (en son imalathanede) çalışmaktadır. 1-2 Mayıs 2019 tarihli gece vardiyasında, davacı Ritzbreiger olarak adlandırılan makinede çalışan geçici bir işçiye yaklaşıp iki eliyle beklenmedik bir şekilde söz konusu geçici işçinin iş kıyafeti ile külotunu indirmiştir. Geçici işçi konuyla ilgili işverenine şikâyetle bulunmuş ve bir sonraki gece vardiyasında çalışmamıştır.
- 3 3 Mayıs 2019'dan itibaren yapılan personel görüşmelerinden sonra, davacı 15 Mayıs 2019'da başka bir personel görüşmesi daha yapılmasını istemiştir ve bu görüşme esnasında daha önce yaşanan olaydan dolayı için özür dilemiştir.
- 4 Davalı, davacıya aynı gün ulaşacak şekilde 21 Mayıs 2019 tarihli bir dilekçeyle ve ayrıca ihtiyaten 5 Haziran 2019 ile 19 Ağustos 2019 tarihlerinde tekrar yazılı olacak şekilde, taraflardan her birinin iş sözleşmesini önceden haber vermeksizin olağanüstü bir şekilde feshetmiştir. Fesih bildirimini "personel başkanı" olarak davalının müdürü ve başka bir çalışan tarafından imzalanmıştır. Fesih bildirimine eklenen iki imza, davalının sunduğu mevcut bir imza listesine dayanmaktadır.
- 5 Davacı; gerek 23 Mayıs 2019 tarihli dilekçesi ile 21 Mayıs 2019 tarihli fesih bildirimine, gerekse 12 Haziran 2019 ve 20 Ağustos 2019 tarihli dilekçeleri ile 5 Haziran 2019 ve 19 Ağustos 2019 tarihli fesih bildirimlerine, imzacı kişilerin yetki belgelerinin olmaması nedeniyle, itiraz eder.
- 6 Mevcut dava ile davacı söz konusu işten çıkarmaların hukuken geçersiz olduğunu iddia etmiştir. Davacının dayandığı önemli bir neden bulunmamaktadır. Davalı, Alman Medeni Kanunu (BGB) Md. 626/2'de¹ yer alan fesih bildirim sürelerine uymamış ve işçi konseyini

¹ Md. 626- Önemli Sebeplerden Dolayı İhbarsız İşten Çıkarma

“Fesih sadece iki hafta içinde yapılabilir. Süre, fesih hakkı sahibinin fesih ile ilgili gerçekleri öğrendiği andan itibaren başlar. Cayan taraf, talep üzerine diğer tarafa fesih nedenini derhal yazılı olarak bildirmelidir.”

kanuna uygun bir şekilde dinlememiştir. Geçici işçi altı ay önce davacının pantolonunu aşağı indirmiştir.

7 Davacı,

1. Taraflar arasındaki iş sözleşmesinin davalının 21 Mayıs 2019 tarihli olağanüstü feshi ile feshedilmemiş olduğunun tespit edilmesini;

2. Davacının değiştirilmemiş çalışma koşullarında, davacının fesih anlaşmazlığının hukuki olarak neticelenmesine kadar imalatçı/üretici olarak çalışmaya devam etmesinin davalıdan istenmesini;

3. Taraflar arasındaki iş sözleşmesinin davalının 5 Haziran 2019 tarihli olağanüstü feshi ile feshedilmemiş olduğunun tespit edilmesini;

8 4. Taraflar arasındaki iş sözleşmesinin davalının 19 Ağustos 2019 tarihli olağanüstü feshi ile feshedilmemiş olduğunun tespit edilmesini usulüne uygun olarak talep etmiştir. İş Mahkemesi davayı kabul etmiştir. Eyalet İş Mahkemesi, davalının –İş Mahkemesinin kararına karşı istinaf başvurusunu reddetmiştir. Temyiz başvurusuyla birlikte davalı, davanın reddine ilişkin iddiasını sürdürmüştür.

Karar Gerekçeleri

- 9 Temyiz haklı görülmüştür. Eyalet İş Mahkemesi, gösterilen gerekçeye dayanarak yerel mahkemenin kararına karşı yapılan istinaf başvurusunu reddetmemeliydi. Senato, İstinaf Mahkemesi tarafından İstinaf Mahkemesinin tespitine dayanarak, haksız işten çıkarılmaya karşı açılan davalarda karar veremez. Bu istinaf kararının iptal edilmesine ve davanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine yol açmaktadır.
- 10 I. Eyalet İş Mahkemesi'nin davalının 21 Mayıs 2019 tarihli feshinin BGB § 174/ 1. cümle uyarınca² hukuken geçersiz olduğu şeklindeki kararı, temyiz incelemesi kapsamında değerlendirilemez.

² Md. 174- Vekilin Tek Taraflı Yasal İşlemleri

“Yetkili temsilcinin yaptığı tek taraflı bir yasal işlem, yetkili temsilci bir vekaletname

- 11 1. İstinaf kararından, davacının İşten Çıkarmanın Önlenmesi Kanunu Md. 4 Cümle 1 ve Md. 6 Cümle 1'e göre zamanında feshin geçersizliğini talep ettiği anlaşılmamaktadır.
- 12 2. Ayrıca, BGB Md. 174/ 1. cümle³ anlamında davacının 21 Mayıs 2019 tarihli bildirimde derhal itiraz ettiğinin kabulünü gerektirecek bir ifadeye rastlanmaz.
- 13 a) BGB Md. 174/ cümle 1 uyarınca "ret (*Die Zurückweisung*)" karşı tarafa ulaşması gereken bir irade beyanıdır (Genel görüş için krş. MüKoBGB/Schubert 8. Aufl. § 174 Rn. 20). BGB Md. 174/ Cümle 1'de yer alan "derhal (*unverzüglich*)" kavramı ile kast edilen ve bu anlamın gerçekleşip gerçekleşmemesinde önemli olan, beyanın alıcısına ulaşmasıdır (krş. ilgili karardaki gerekçeler: BAG 8. Dezember 2011- 6 AZR 354/10 - para. 33, BAGE 140, 64; 5. April 2001 - 2 AZR 159/00 - zu B II 2 b). BGB Md. 119 ve Md. 120'e göre fesih beyanına itiraz için BGB Md. 121/ 1/ Cümle 2'deki düzenleme ne özel bir hüküm olarak ne de kıyasen uygulanamaz (bkz. § 18 Abs. 6 SchwbG vgl. BAG 3. Juli 1980 - 2 AZR 340/78 - zu II 3 a bb der Gründe, BAGE 34, 20). BGB Md. 174 / Cümle 1'e göre reddin ivediliğinin gerekliliği, BGB Md. 121/ 1 Cümle 2' deki gibi beyan bulunanın değil, beyanda bulunulana korunmasına hizmet eder.
- 14 b) Buna karşılık, BGB Md. 121/ 1 Cümle 1'deki "gecilmeksizin" yasal tanımı tüm medeni hukukta geçerlidir (Genel görüş için bkz. Jauernig/Mansel BGB 18. Aufl. § 121 Para. 1). Bu hüküm için belirlenen esaslara uygun olarak, BGB Md. 174 / Cümle 1'e göre red ivedilikle değil tereddütsüz gerçekleşmelidir. Böylece bildirim alan kişiye söz konusu tek taraflı hukuki işlemi –yetkisizlik sebebiyle- reddedip etmeyeceği ile ilgili , düşünmesi ve konuyla ilgili uzmandan yasal tavsiye alabilmesi için belirli bir zaman tanınır(BAG 5 Aralık 2019 - 2 AZR

sunmazsa ve karşı taraf bu nedenle yasal işleme gecilmeksizin itiraz ederse hukuken geçersizdir.”

³ § 174- Vekilin Tek Taraflı Yasal İşlemleri

“Bir yetkili temsilcinin diğerine karşı yaptığı tek taraflı bir yasal işlem, yetkili temsilci bir vekaletname sunmazsa ve diğeri bu nedenle yasal işleme gecilmeksizin itiraz ederse hukuken geçersizdir.”

147/19 - para. 48, BAGE 169, 38). Bildirim yapılan kişinin işlemi reddetmesi için gereken süre, somut olayın koşullarına bağlıdır (BAG 5. Dezember 2019 - 2 AZR 147/19 - aaO; 8. Dezember 2011 - 6 AZR 354/10 - Rn. 32, BAGE 140, 64). Red, gerçek temsil ve vekalet ilişkileri hakkında detaylı bir araştırma veya kapsamlı bir değerlendirme süreci gerektirmediğinden daha ziyade yalnızca yetki belgesinin yokluğuyla ilgili olduğundan, normal şartlar altında bir haftalık bir süre yeterlidir. (BAG 8. Dezember 2011 - 6 AZR 354/10 - Rn. 33, aaO). Bu nedenle fesih beyanına itiraz, özel koşullar olmaksızın, bir haftadan fazla bir süre sonra yapılırsa bu artık BGB Md. 174/ Cümle 1 anlamında ivedi değildir. (BAG 13. Dezember 2012 - 6 AZR 608/11 - Rn. 67). Süre, fesih beyanı alıcısının fesihten ve (yetkili) vekalet belgesinin yokluğundan fiilen haberdar olması ile başlar (BAG 8. Dezember 2011 - 6 AZR 354/10 - Rn. 33, aaO).

- 15 c) Eyalet İş Mahkemesi, davacının 23 Mayıs 2019 tarihli itiraz dilekçe ile 21 Mayıs 2019 tarihli fesih beyanına itiraz ettiğini kabul etmiştir. Ancak bu itirazın davalıya ulaşip ulaşmadığı, ulaştıysa da ne zaman ulaştığı tespit edilmemiştir. Postanın çalıştığı normal süreler dikkate alındığında, Eyalet İş Mahkemesinin fesih bildirimiminin davacıya ulaştığı tarihten itibaren 1 hafta içinde davalı tarafından alındığına ilişkin değerlendirmesi somut gerçeklere dayanmaz. İtiraz dilekçesinin en azından bir haftalık sürenin bitiminden önce postalandığı henüz tespit edilmemiştir. Aynı zamanda, istinaf (*Berufungsurteil*) kararına konu itiraz dilekçesinin fotokopisi, teslimin zamanını göstermede yetersizdir.
- 16 3. Eyalet İş Mahkemesi'nin, davacının BGBMd. 174/ Cümle 2. uyarınca⁴ itiraz etme hakkının bulunduğuna ilişkin kabulü hukuken hatalıdır.
- 17 a) Fesih beyanı, ayrıca davalının "personel başkanı" tarafından görevini belirterek elle imzalanmıştır. İstinaf mahkemesi davalının lehine

⁴ Md. 174/ Cümle 2: "Eğer vekalet veren, muhatapı vekalet ilişkisi hakkında bilgilendirmişse, itiraz etme hakkından bahsetmek mümkün değildir."

olacak şekilde BGB Md. 174/ Cümle 2 uyarınca davacının vekaletten haberdar olduğunu varsaymıştır.

- 18 b) Davalı, davacıya imza atan kişiyi insan kaynakları müdürü olarak atadığını bildirmişse iş hayatında bu kişinin işveren adına iş sözleşmelerini feshetme yetkisi bulunduğu kabul edilir. (krş.. BAG 25. September 2014 - 2 AZR 567/13 - Rn. 20, 24). Personel yöneticisi hakkında yeterince bilgilendirilen çalışan, personel yöneticisinin, personel ile ilgili olarak işten çıkarmalar hususunda fesih bildiriminde bulunabilecek tek yetkili olduğunu bilmek zorundadır. (BAG 25. September 2014 - 2 AZR 567/13 - Rn. 24; ayrıca krş. BAG 29. Oktober 1992 - 2 AZR 460/92 - zu II 2 der Gründe).
- 19 c) Fesih beyanının başka bir çalışan tarafından imzalanmış olması, Eyalet i-İş Mahkemesinin görüşünün aksine farklı bir sonuç doğurmaz. Davalıdan personel yöneticisinin dış ilişkilerdeki gücünün genel temsil yetkisi ile sınırlı olduğuna dair hiçbir açıklama gelmemiştir. İstinaf Mahkemesi bu bağlamda –gerektiği gibi- vekaletnamenin iç ve dış ilişkisi arasında ayırım yapmaz. geçerli olup olmadığı incelenmemiştir (sözgelimi krş.. MüKoBGB/Schubert 8. Aufl. § 164 Rn. 209). Mevcut imza listesinin sunulduğu bir uygulama, fesih beyanının sadece personel yöneticisi tarafından değil, aynı zamanda ek bir kişi tarafından imzalanması, iki adam ilkesinin (Two-man rule/ Vier-Augen-Prinzip) korunması durumunda olduğu gibi yalnızca iç ilişkide sorumluluk yükler.
- 20 II. Mevcut bulgulara göre, Eyalet İş Mahkemesinin 21 Mayıs 2019 tarihli fesih ile ilgili verdiği karar başka nedenlerden dolayı da hukuken doğru değildir (Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu (ZPO) Md. 561). Dava, davalı lehine nihai sonuç doğurmaya da elverişli değildir. (ZPO § 563/ 3.).
- 21 1. Eyalet İş Mahkemesi 21 Mayıs 2019 tarihli feshin başka nedenlerle geçersiz olup olmadığını açık bir şekilde ifade etmemiştir. Davacı, diğer şeylerin yanı sıra, feshin esaslı/geçerli bir nedene dayanmadığını

iddia etmiştir. Bu durum mevcut olup olmadığı bu zamana kadar tespit edilmemiştir. Davalı, bu fesih bildiriminin ve yine 5 Haziran 2019 ve 19 Ağustos 2019 tarihli olan fesih beyanlarının meşruluğunu aynı olaya dayandırmıştır ve istinaf mahkemesi -sonucunda- sadece son fesihlerin hukuka uygunluklarını hükmünde incelemiştir ve bunların hukuka uygun olduğunu ifade etmiştir; bu durumda davalı 5 Haziran 2019 ve 19 Ağustos 2019’li fesihler ile 21 Mayıs 2019 tarihli fesihlerin benzer sebebe dayanmasından dolayı hukuka uygun/geçerli bulunması gerektiği savunmasını yapmıştır. Senato’dan beklenen 21 Mayıs 2019 tarihli feshin hukuka uygun olup olmadığının ayrıca incelenmesi iken böyle bir incelemede bulunulmamıştır.

- 22 a) Bir usul şikâyeti olmadıkça Senato, Eyalet İş Mahkemesi bulguları ile bağlıdır ki bu bulgu da şu şekildedir; davacı 1-2 Mayıs 2019 gece vardiyasında geçici bir işçinin sadece iş pantolonunu değil, aynı zamanda külotunu da indirmiştir, bu da genital bölgede belli bir süre boyunca çıplaklık demektir. Öyle ki geçici işçi bu süre boyunca, bazı iş arkadaşlarının bakışlarına ve kahkahalarına/dalga geçmesine maruz kalmıştır.
- 23 b) Eyalet İş Mahkemesi tarafından tespit edilen davacının davranışı “esas itibarıyla” BGB Md. 626/ 1 anlamında “önemli bir neden” (§ 626 *Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund*) oluşturmak için yeterlidir. Bu, BGB Md. 241/ 2 uyarınca⁵ davalının çıkarlarını göz önünde bulundurma yükümlülüğünün önemli bir ihlalidir. Davalının çalışanlarının şirketlerinde istihdam edilen geçici işçilere saygılı davranma ve başarılı bir şekilde işbirliği yapmaktan kaynaklı, korunması gereken bir menfaati vardır. AGG Md. 12 / 1 ve 3’e göre, işveren geçici işçileri de cinsel tacize karşı korumakla yükümlüdür. Davacı, geçici işçiyi çalışma saatleri boyunca rahatsız etmekle birlikte hem geçici işçiyi hem de olayı izleyen diğer işçileri işten alıkoymuştur. Geçici işçinin cinsel organını açığa çıkarmak, onun özel hayatına ciddi, aşağılayıcı bir müdahaledir ve bu Alman Anayasası’nın (GG) 2. maddesinin birinci

⁵ § 241/ madde 2:

Yükümlülük ilişkisi, içeriğine göre, her bir tarafın, diğer tarafın haklarını, yasal mallarını ve çıkarlarını göz önünde bulundurmaya mecbur edebilir.

cümlesi ile birinci maddesinin birinci cümlesindeki genel kişilik hakkının ihlalidir. Aynı zamanda AGG Md. 3/ 4 anlamında cinsel tacizden de söz edilebilir.

- 24 aa) AGG Md. 3/ 4 anlamında cinsel taciz de, AGG Md. 7/ 3'e göre esas itibariyle BGB Md. 626/ 1 anlamında önemli bir neden olan sözleşmeden doğan yükümlülüğün ihlalidir (BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 15, BAGE 159, 267; 20. November 2014 - 2 AZR 651/13 - Rn. 15, BAGE 150, 109). Cinsel olarak belli bazı fiziksel/bedensel dokunuşlar ve cinsel içerikli açıklamalar/işaretler de dahil olmak üzere istenmeyen, cinsel nitelikli spesifik davranışlar, kişinin saygınlığını (insan onurunu) etkilediği veya saygınlığının olumsuz etkilenmesi sonucunu doğurduğu zaman meydana gelirler. AGG Md. 3 / 3'ten farklı olarak, bir kerelik cinsel davranışlar dahi cinsel tacizin şartlarını oluşturabilir (BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 17, aaO). AGG Md. 7/ 3 ve Md. 3/ 4 uyarınca kişinin kendi kaderini tayin etme hakkının/kişinin kendi cinsel tercihlerine kendisinin karar verme hakkının korunması, GG Md. 1/ 1 ile birlikte Md. 2/ 1 uyarınca genel kişilik hakkının somutlaştırılmasıdır (BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 18, aaO). Kişinin kendi kaderini tayin etme, belirli koşullar altında bir veya daha fazla kişinin cinsel içerikli bir olaya/duruma katılıp katılmamasına karar verme hakkı olarak anlaşılmaktadır (Köhler/Koops BB 2015, 2807, 2808). Bu, fiziksel temas yoluyla vücut mahremiyetine müdahale etmeyi kapsar (BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 18, aaO). Bir başkasının birincil veya ikincil cinsel bölgelerine kasıtlı olarak dokunulması, vücut/beden mahremiyetine yönelik fiziksel bir müdahale/saldırı (Übergriff) olduğu için AGG Md. 3 / 4 anlamında cinsel tacizdir (BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 18, aaO; vgl. auch BAG 2. März 2017 - 2 AZR 698/15 - Rn. 36; 20. November 2014 - 2 AZR 651/13 - Rn. 18, aaO). Cinsel içerikli bir saldırı bir başkasının cinsel organına dokunulmadan ve fakat kişinin kendi kaderini tayin etme hakkının göz ardı edilmesi, kişinin kimin önünde ve hangi durumlarda kıyafetini çıkaracağına karar verme hakkının ihlal edilmesi durumunda da gündeme gelir. Aynı zamanda bu tür bir davranış insanın üzerinde gerçekleşen konusu doğrudan cinsel olan davranıştır. (bkz. MüKoBGB/Thüsing 8. baskı. AGG § 3 Rn. 72). Sarılmalar gibi, cinselliğin

doğrudan doğruya/kolayca gerçekleşmediği diğer eylemlerde, bu eylemlerin devamında gelen cinsel niyet neticesinde de cinsel ilişki ortaya çıkabilir (BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 18, aaO; 2. März 2017 - 2 AZR 698/15 - aaO). Cinsel saldırı mahiyetinde bir durum, aynı zamanda, kişinin kendi kaderini tayin etme hakkını ihlal ederek, cinsel manada kişiyi utandırmak şeklinde de olabilir. Ancak cinselliği doğrudan ilgilendiren bir davranışın söz konusu olması halinde AGG Md. 3/ 4 anlamında bir "etki (*Bewirken*)" için rahatsız edici (*Belästigung*) davranışın ortaya çıkması yeterlidir. Davranışlarından dolayı bu sonuçtan nesnel olarak sorumlu olan kişinin aksi yöndeki niyet veya fikirleri önemli değildir (BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 20, aaO; 9. Juni 2011 - 2 AZR 323/10 - Rn. 19). İstememenin maddi şartlarının gerçekleşmesi için -İşçi Koruma Yasası (BSchG) Md. 2/ 2/ Cümle 2/ Numara 2'nin aksine- ilgili kişinin söz konusu davranışlara karşı olumsuz tutumunu aktif olarak göstermesini gerektirmez. Önemli olan tek şey, davranışın ilgili tarafından istenmediğinin nesnel bir şekilde tespit edilip edilemediğidir (BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 21, aaO)

- 25 bb) Geçici işçinin 1-2 Mayıs 2019 gece vardiyasında genital bölgesinin açılması, bu nedenle AGG Md. 3/ 4 anlamında bir cinsel taciz oluşturmuş olabilir. Ancak davacı, geçici işçinin külotunu da indirmeyi planlamadığını iddia etmiştir. Şayet bu doğruysa, davacının AGG Md. 3/ 4 anlamında cinsel nitelikte bir davranışının olmadığından bahsedilebilir. Bu durumda da beden mahremiyetine yönelik önemli bir müdahale/saldırı (*Übergriff*) meydana gelmiştir ve bu geçici işçinin cinsel manada utandırılmasına yönelik bir davranış olmayabilir; ve fakat bu yine de göz ardı edilemez. Davacının iddiasının doğru olup olmadığı ve geçici işçinin çalışma pantolonunu aşağı indirirkenki niyeti, olayın koşulları ve adli bir değerlendirmeye daha ayrıntılı bir şekilde aydınlatılmalıdır.
- 26 c) Anlaşmazlığın ilgili tüm koşullarını dikkate alarak, çıkarların kapsamlı bir şekilde dengelenmesi için BGB Md. 626/ 1 anlamında orantılılık ilkesi ölçüğünde de yeterli bulgu yoktur.

- 27 aa) BGB Md. 626/ 1 çerçevesinde bir sözleşme yükümlülüğünün ihlali durumunda, tarafların çıkarlarının tespit edilmesi diğer hususlar yanında süresiz fesih yerine daha hafif bir yaptırımın, yani özellikle bir uyarı veya süreli fesih yaptırımının, öngörülebilir olup olmadığına ilişkin bir incelemeyi de içerir. Bir sözleşme yükümlülüğünün ihlali nedeniyle olağan ve/veya olağanüstü fesih, kanuna uygun bir uyarı/ihbarı gerektirir. Orantılılık ilkesine göre böyle bir gereklilik, ancak bir ihtardan sonra bile gelecekte bir davranış değişikliğinin beklenemeyeceği önceden anlaşılabilirse veya ciddi bir görev ihlali söz konusu olduğunda, bu ihlalin ilk defa yapılışında dahi işveren için katlanılması objektif standartlara göre kabul edilemez ise -kabul edilemezlik işçi için de açıkça anlaşılabilirse- söz konusu olmaz (BAG 27. Februar 2020 - 2 AZR 570/19 - Rn. 23, BAGE 170, 84; 13. Dezember 2018 - 2 AZR 370/18 - Rn. 30; 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 28, BAGE 159, 267). Söz konusu ihtimallerden sadece birinin mevcut olması durumunda, çıkarların dengelenmesinde fesihle bulunanın daha hafif bir yaptırım olarak uyarıda bulunmuş olması aranmaz (bkz. BAG 27. Februar 2020 - 2 AZR 570/19 -Rn. 24, aaO). İkinci ihtimal (çev. notu: ihlalin ilk defa yapılışında dahi işveren için katlanılması objektif standartlara göre kabul edilemez olması), münhasıran söz konusu sözleşme yükümlülüğünün ihlalinin ağırlığı ile ilgilidir ve bu da iş birliğinin temelini onarılamaz bir şekilde ortadan kaldırır. Bu, tekrarlama tehlikesinden bağımsız bir şekilde değerlendirilir. Bir yükümlülük ihlalinin ağırlığı, her ne kadar yalnızca onu etkileyen somut davanın koşullarına göre değerlendirilebilse de bunlar bizzat yükümlülük ihlalinin veya eylemin gerçekleştiği koşulları ilgilendirmelidir. Bu koşullar arasında, örneğin, ihlalin türü ve büyüklüğü, sonuçları, işçinin suçluluğunun derecesi ve bunun gerçekleştiği durum veya "ortam/atmosfer" yer alır., sorunsuz bir sözleşme ilişkisinin bulunması gibi, karşılıklı çıkarların tespitinde dikkate alınabilecek bazı unsurlar, yükümlülüklerin ihlalinin ağırlığının tespitinde dikkate alınmaz. Bunun tersi,, gerçekleşen yükümlülük ihlalinin ne derecede ağır/ciddi olduğunu tek başına ortaya koymayan asılsız iddialar için de aynı şekilde geçerlidir.

- 28 bb) Eyalet İş Mahkemesi bir uyarının gerekip gerekmediğini tespit ederken sonraki fesih beyanlarını (Folgekündigungen) da dikkate alarak ve hukuken doğru bir karar vermiştir. Kişinin uyarılması sonucunda olayın tekrarlanma riski ortadan kaldırılabilir. Halbuki sözleşme yükümlülüğünün ihlali, çalışanın kontrol edilebilir bir davranışına dayanıyorsa, yapılan uyarıyla birlikte çalışanın gelecekteki davranışları iş sözleşmesinin sürekliliğini olumlu yönde bile etkileyebilir (BAG 27. Februar 2020 - 2 AZR 570/19 - Rn. 23, BAGE 170, 84; 13. Dezember 2018 - 2 AZR 370/18 - Rn. 30; 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 28, BAGE 159, 267). Davacı tarafından gösterilen pişmanlık, işyeriyle/işle ilgili endişeden kaynaklansa bile, İstinaf Mahkemesinin de ihtimal verdiği gibi, söz konusu pişmanlık davacının davranışını tekrarlayarak birini tekrar tehlikeye atmayacağını gösterir. Bu şekilde bir değerlendirme yani cinsel tacize karşı işverenin gelecekte tacizin tekrarlanmayacağını garanti etmesi yönündeki tedbiri, AGG Md. 12 /3'ün koşullarını da sağlamaktadır Eğer tekrarlama tehlikesi söz konusu değilse, bu tedbir yeterli olacaktır.
- 29 cc) Öte yandan Eyalet İş Mahkemesi önceki bulgularına dayanarak, uyarının gerekliliğine yol açan ciddi bir yükümlülük ihlalinin varlığını yasaya aykırı bir şekilde kabul etmemiştir. Mahkeme, sözleşmenin ilk defa ihlal edildiğini yani daha önceden bir sözleşme ihlalinin olmadığını dikkate almamıştır. Esasında bu, ilk kez de olsa, görev ihlalinin ağırlığını etkileyen bir husus değildir. Mahkemenin takdiri, bu hukuki hataya dayanmaktadır. Bunun yanında, istinaf mahkemesi sadece yükümlülük ihlalinin ağırlığını vurgulayan koşulları belirlemiştir ve davacı ve geçici işçi arasında geçmişte yaşanan şakalaşmaya "en az değeri" vermiştir. Önceki bulgulara dayanarak, davacının ne derece kusurlu olduğunu değerlendirmek de mümkün değildir. İstinaf Mahkemesi buna rağmen, davacının "bilinçli olarak" meslektaşının onur ve haysiyetini ihlal ettiğini kabul etmiştir. Ancak, davacının iradesinin, çalışanın cinsel organlarını açmaya yönelik olduğu da tespit edilmemiştir. Aynı şekilde davalının iddia ettiği gibi, Gravür makinesi olarak adlandırılan makinede görülen faaliyetin zarara yol açabilir nitelikte (Schadensgeneigtheit) olup olmadığı, özellikle de çalışma

- esnasında geçici işçinin, davacının saldırısı (Angriff) sonucunda rahatsız edilmiş olabileceği belirtilmemiştir.
- 30 d) Senato da davalının 21 Mayıs 2019 tarihli fesih beyanı ile BGB Md. 626/ 2/ Cümle 1'e göre fesih bildirim süresini ileri sürüp süremeyeceğine karar veremez. BGB Md. 626 / 2/ Cümle 2 anlamında davalıyı feshetmeye yetkili kişilerden birinin feshe konu olay hakkında ne zaman bilgilendirdiği, şimdiye kadar tespit edilmemiştir.
- 31 2. Aynı şekilde Senato, davacının feshin BetrVG Md. 102/ 1/ Cümle 3 uyarınca hukuken geçersiz olduğu iddiasıyla ilgili de bizzat karar veremez. Eyalet İş Mahkemesi'ne, "işçi konseyinin dinlenmesi (*Betriebsratsanhörung*)⁶ "ile ilgili olarak dinlemenin içeriğine ve işleyişine dair herhangi bir açıklama da yapılmamıştır.
- 32 3. Davacı, istinaf mahkeme kararında tespit edilmiş olan diğer geçersizlik nedenlerine dayanmamıştır.
- 33 III. Eyalet İş Mahkemesinin 21 Mayıs 2019 tarihli fesih hakkındaki kararı sayılan nedenlerle iptal edilip alt mahkemeye geri gönderilmelidir. İstinaf Mahkemesi, Senato'nun yasal görüşüne uygun olarak, BGB Md. 174/ Cümle 1 -davacı KSchG Md. 4/ Cümle 1, Md. 6/ Cümle 1'e uygun olarak zamanında iddiada bulunmuşsa- ve gerekirse BGB Md. 626 ile BetrVG Md. 102/ 1/ Cümle 3'e göre feshin hukuken geçersizliği hususunda tekrar karar vermek zorundadır.
- 34 1. BGB Md. 174/ Cümle 1 göz önünde bulundurularak, davalının davacının 23 Mayıs 2019 tarihli itiraz dilekçesini gecikmeden teslim alıp almadığı ve davalının davacıyı fesih beyanı ulaşmadan önce BGB Md. 174/ Cümle 2 anlamında "Personel Başkanı" pozisyonu hakkında bilgilendirip bilgilendirmediği hususları açıklığa kavuşturulmalıdır.

⁶ Çevirmen notu: İşçi Konseyi, işçilerin kendilerini temsil etmeleri için işyerindeki işçiler arasından seçilen kişilerden oluşur. İşçilere bir yaptırım uygulanmasının gerektiği durumlarda söz konusu yaptırımın ne olacağına belirlenmesinden önce bu konseyin dinlenmesi gerekmektedir.

- 35 2. BGB Md. 626/ 1 anlamında önemli nedenin değerlendirmesi yapılırken, yükümlülük ihlalinin ağırlığına ve dolayısıyla bir uyarının gerekli olmadığına ilişkin ek tespitler yapılmalıdır; özellikle de davacının, AGG Md. 3/ 4 anlamında geçici işçiyi cinsel olarak taciz etme niyetinin, yani sadece çalışma pantolonunu değil, aynı zamanda külotunu da aşağı indirme niyetinin olup olmadığı hususu açıklığa kavuşturulmalıdır. Şayet böyle bir niyet yoksa, geçici işçi cinsel tacize uğramamış olabilir. Ancak, davacının davranışı yine de geçici işçinin genel kişilik hakkına önemli bir müdahale teşkil etmektedir. Yükümlülük ihlalinin ağırlığı için önemli olan özellikle geçici işçinin soyulmasında davacının suçluluğunun derecesidir. Ayrıca yükümlülük ihlalinin ağırlığı açısından, her şeyden önce saldırının mağdurun üzerindeki doğrudan veya gelecekte ortaya çıkabilecek öngörülebilir sonuçları ile geçici işçiler de dahil olmak üzere çalışanların iş akışları ve iş birliğinin saygı çerçevesinde sürdürülmesi üzerindeki sonuçları önemlidir. Geçici işçinin kendisi tarafından daha önce gerçekleştirmiş olabilecek bir saldırının bu zamana kadar tespit edilmemiş olması, davacının yükümlülük ihlalinin ağırlığını azaltabilir ve bunlar da davacının davranışlarının ağırlığıyla ilgili karar verilirken dikkate alınmalıdır.
- 36 3. Somut olay bu zamana kadar sınırlı bir kapsamda incelendiğinden Senato bazı bilgilere ulaşamamıştır.
- 37 IV. Kararın iptali ve davanın alt derece mahkemeye geri gönderilmesi, Eyalet İş Mahkemesi'nin işten çıkarılmaya karşı koruma talepleri ve geçici olarak çalışmaya devam etme talepleri hakkındaki kararları için de geçerlidir.
- 38 1. Daha önceden gerçekleştirilmiş olan fesih beyanlarına karşı yapılmış olan feshe karşı koruma talepleri hakkında karar verilmesi ancak iş sözleşmesinin daha önceden yapılmış ve karşı tarafa ulaşılmış olan süresiz fesih beyanları sonucunda sonlandırılmamış olmasına bağlıdır. Bundan, fesih koruma başvurusunun önceden bildirimde bulunulmadan fesih talebine karşı başarısız kalması durumunda fesih şartlarına tabi oldukları anlaşılmalıdır.

- 39 Davacının gerçeğe dayanmayan yardım talebi (*Hilfsantrag*) kapsamında olan işe iade talebi (*Weiterbeschäftigungsantrag*)⁷ hakkında ancak davacının davayı kazanması ve bu kapsamda feshe karşı koruma talep etmesi durumunda karar verilir.

Koch

Niemann

Rachor

K. Schierle

Klein

⁷ Çevirmen notu: İşe iade/devam talebi (*Weiterbeschäftigungsantrag*), işvereni ile iş ilişkisi konusunda anlaşmazlık içinde olan bir çalışanın, iş ilişkisinin varlığı veya yokluğu açıklığa kavuşturuluncaya kadar çalışmaya devam etme hakkını ifade eder.