

# Inhaltsverzeichnis

<b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>	<b>13</b>
<b>Vorwort .....</b>	<b>21</b>
<b>1. Einleitung/Problemstellung .....</b>	<b>23</b>
<b>2. Begriff und Wesen .....</b>	<b>29</b>
<b>3. Zivilrechtliche Grundvoraussetzungen .....</b>	<b>32</b>
3.1 Notwendiger Inhalt .....	32
3.1.1 Beendigung des Arbeitsverhältnisses/Beendigungsabsicht .....	32
3.1.2 Art der Auflösung .....	33
3.1.3 Beendigungszeitpunkt .....	33
3.1.4 Ergänzende Vertragsbausteine .....	35
3.2 Willenserklärung .....	36
3.2.1 Begriff .....	36
3.2.2 Freie Willenserklärung .....	38
3.2.3 Ernstlichkeit .....	38
3.2.4 Bestimmtheit .....	39
3.2.5 Verständlichkeit .....	40
3.3 Willensübereinstimmung .....	40
3.4 Dissens .....	41
<b>4. Abgrenzung der einvernehmlichen Auflösung von anderen Beendigungsformen .....</b>	<b>43</b>
4.1 Einvernehmliche Auflösung versus Kündigung .....	43
4.1.1 Judikatur zur Abgrenzungsproblematik .....	46
4.1.2 Einvernehmliche Verkürzung der Kündigungsfrist .....	52
4.1.3 Gemeinsamkeiten versus Unterschiede .....	54
4.2 Einvernehmliche Auflösung versus vorzeitige Beendigung aus wichtigem Grund .....	55
4.3 Einvernehmliche Auflösung versus Befristung .....	60
<b>5. Abschlussvoraussetzungen .....</b>	<b>62</b>
5.1 Form .....	62
5.1.1 Formfreiheit .....	62
5.1.2 Schriftform .....	66
5.2 Rechtsbelehrung .....	69
5.2.1 Rechtsbelehrung als Formerfordernis? .....	69
5.2.2 Durchführung der Belehrung .....	72

5.2.3	Wahlrecht .....	74
5.2.4	Form und Beischluss bzw Vorliegen der Bescheinigung .....	75
5.2.5	Inhalt der Bescheinigung und Belehrungsgegenstand .....	76
5.3	Zustimmung des gesetzlichen Vertreters .....	77
5.4	Folgen der Außerachtlassung von Abschlussvoraussetzungen im Allgemeinen .....	77
5.5	Einzelne Bestandschutzbestimmungen .....	79
5.5.1	Allgemeines .....	79
5.5.2	§ 10 Abs 7 MSchG bzw § 7 Abs 3 VKG .....	81
5.5.2.1	Bestandschutzzeitraum .....	81
5.5.2.2	Schriftlichkeit .....	82
5.5.2.3	Rechtsbelehrung .....	83
5.5.2.4	Arbeitnehmerinnen im öffentlichen Dienst .....	86
5.5.2.5	Rechtswidrigkeit der Vereinbarung .....	89
5.5.2.6	Problem von der Unkenntnis der eigenen Schwangerschaft bei Abschluss der einvernehmlichen Auflösung .....	90
5.5.2.6.1	Allgemeines .....	90
5.5.2.6.2	Rechtsprechung .....	91
5.5.2.6.3	Literaturmeinungen .....	93
5.5.2.6.4	Kritik an der Rechtsprechung des OGH .....	95
5.5.2.6.4.1	Anwendung der Befristungsregelung ....	95
5.5.2.6.4.2	Anwendungsbereich der analogen Anwendung des § 10a MSchG .....	96
5.5.2.6.4.3	Analogie zu § 10 Abs 2 MSchG versus Analogie zu §§ 10a iVm 10 Abs 2 MSchG .....	99
5.5.2.6.5	Erscheinungsformen einer in Unkenntnis der Schwangerschaft abgeschlossenen einvernehmlichen Auflösung .....	101
5.5.2.6.5.1	Mündliche einvernehmliche Auflösung .....	101
5.5.2.6.5.2	Schriftliche einvernehmliche Auflösung .....	101
5.5.2.6.6	Differenzierung nach der Auflösungsinitiative? .....	102
5.5.3	§ 16 APSG .....	103
5.5.3.1	Geltungsbereich .....	103
5.5.3.2	Abschlussvoraussetzungen .....	103
5.5.3.3	Nachträglicher Einwand des Einberufungsbefehls bzw Zuweisungsbescheides? .....	104

5.5.3.4	Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst.....	106
5.5.3.5	Rechtswidrige Vereinbarung .....	107
5.5.4	§ 15 Abs 2, 5 BAG.....	108
5.5.4.1	Allgemeines.....	108
5.5.4.2	Schriftlichkeit.....	109
5.5.4.3	Rechtsbelehrung.....	110
5.5.4.4	Zustimmung des gesetzlichen Vertreters.....	112
5.5.4.4.1	Allgemeines .....	112
5.5.4.4.2	Ableitung aus § 15 Abs 2 Satz 2 BAG? .....	113
5.5.4.4.3	Ableitung aus § 167 Abs 2 ABGB iVm § 171 Satz 2 ABGB?.....	117
5.5.4.4.4	Contrarius actus zum Vertragsabschluss.....	118
5.5.4.5	Abschlussvoraussetzungen während der Probezeit.....	119
5.5.4.6	Rechtswidrige Vereinbarung .....	121
5.5.5	BEinstG.....	122
5.6	Bestandschutzbestimmungen im Vergleich – Verfassungskonformität? .....	125
5.6.1	Problemstellung .....	125
5.6.2	Allgemeiner Gleichheitssatz.....	125
5.6.2.1	Allgemeines.....	125
5.6.2.2	Verbot sachlich nicht gerechtfertigter Differenzierungen .....	127
5.6.3	Verfassungskonformität unterschiedlicher gesetzlicher Regelungen .....	129
5.6.3.1	Problemstellung.....	129
5.6.3.2	Normenvergleich – Schritt 1 der Gleichheitsprüfung .....	129
5.6.3.3	Sachliche Rechtfertigung – Schritt 2 der Gleichheitsprüfung.....	131
5.6.4	Fehlende gesetzliche Regelung – Verletzung des Gleichheitssatzes? .....	134
5.6.4.1	BEinstG .....	135
5.6.4.2	AVRAG .....	137
5.7	Konkurrenz zwischen bzw Kumulation von einzelnen Bestandschutzbestimmungen .....	139
5.7.1	Allgemeines .....	139
5.7.2	Besondere Bestandschutzbestimmungen versus § 104a ArbVG .....	140
5.7.3	Verhältnis der besonderen Bestandschutzbestimmungen untereinander .....	142
5.7.3.1	BAG versus APSG .....	142
5.7.3.2	MSchG versus BAG.....	143
5.7.3.3	APSG versus MSchG .....	144
5.7.3.4	MSchG versus BAG versus APSG .....	145
5.8	Problembereiche iZm „neuartigen“ Kommunikationstechnologien .....	146
5.8.1	Allgemeines .....	146

5.8.2	Schriftlichkeit durch Fax?.....	146
5.8.3	Schriftlichkeit durch E-Mail? .....	149
5.8.4	Schriftlichkeit durch SMS?.....	151
<b>6.</b>	<b>Abschluss einer einvernehmlichen Auflösung durch einen Stellvertreter .....</b>	<b>152</b>
6.1	Allgemeines .....	152
6.2	Form des Vertretungsvertrages .....	152
<b>7.</b>	<b>Beachtung von Fürsorge- und Treuepflicht .....</b>	<b>156</b>
7.1	Fürsorgepflicht.....	156
7.1.1	Allgemeines .....	156
7.1.2	Zustimmungsverpflichtung aus Fürsorgepflicht? .....	157
7.1.3	Fürsorgepflichtverletzung? .....	158
7.1.4	Aufklärungspflichten?.....	159
7.2	Zustimmungsverpflichtung aus Treuepflicht? .....	160
<b>8.</b>	<b>Regelungen in Kollektivverträgen .....</b>	<b>162</b>
8.1	Allgemeine Regelungskompetenz.....	162
8.2	Schriftformgebote.....	162
8.3	Sonstige Regelungen – Beispiel Angestellten-KV NEUSTART.....	164
<b>9.</b>	<b>Regelungen in Betriebsvereinbarungen .....</b>	<b>169</b>
9.1	Allgemeine Regelungskompetenz.....	169
9.2	Schriftformgebote.....	169
9.3	Sonstige Regelungen .....	170
<b>10.</b>	<b>Einheitslösung oder Differenzierungslösung? .....</b>	<b>171</b>
10.1	Empirische Ausgangssituation .....	171
10.2	Interessenlagen auf Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite .....	172
10.3	Gebotene Differenzierung? Der Status quo in der Rechtsprechung, Lehre und Gesetzgebung.....	174
10.3.1	Rechtsprechung des OGH.....	174
10.3.2	Rechtsprechung des VwGH.....	175
10.3.3	Rechtsprechung des VfGH .....	176
10.3.4	Stellungnahmen in der Literatur .....	177
10.3.5	Stand der Gesetzgebung/gesetzliches Vorhaben .....	180
10.4	Kritische Würdigung von Rechtsprechung und Lehre in Hinblick auf die Differenzierung .....	181
10.4.1	Kritik an der Rechtsprechung des OGH .....	181
10.4.2	Kritik an der Rechtsprechung des VfGH.....	183
10.4.2.1	VfGH.....	183

10.4.2.1.1	Zivilrechtliches Verschulden .....	184
10.4.2.1.2	Zivilrechtliches Verschulden im Arbeitsrecht.....	184
10.4.2.1.3	Unverschuldete Entlassung versus unverschuldete, vom Arbeitgeber initiierte einvernehmliche Auflösung .....	188
10.4.2.2	Umsetzung des VfGH-Erkenntnisses durch den Gesetzgeber .....	189
10.4.3	Kritik an der Literatur .....	191
10.5	Maßgeblichkeit der Differenzierung .....	193
10.6	(Un)Gerechte Rechtsfolgenverteilung? .....	197
10.7	Auflösungsinitiative und Auflösungsinteresse als Determinanten der einvernehmlichen Auflösung .....	200
10.8	Differenzierungslösung .....	210
10.8.1	Ausgangslage .....	210
10.8.2	Verfassungskonforme Interpretation.....	212
10.8.3	(Verfassungskonforme) Analogie .....	214
10.8.4	Verfassungskonforme Interpretation – verfassungskonforme Analogie .....	218
10.8.4.1	Vorliegen einer Lücke im Arbeitsrecht.....	219
10.8.4.2	Vorliegen einer Lücke im Sozialrecht? .....	222
<b>11.</b>	<b>Einvernehmliche Auflösung während des Krankenstandes .....</b>	<b>223</b>
11.1	§ 9 AngG bzw § 5 EFZG.....	223
11.1.1	Beendigung des Arbeitsverhältnisses und Krankenstand .....	223
11.1.2	Entgeltfortzahlung nach Ende des Arbeitsverhältnisses .....	224
11.1.2.1	Allgemeines.....	224
11.1.2.2	Anspruchsbegründende Beendigungsformen.....	224
11.1.2.3	Anspruchsvernichtende einvernehmliche Auflösung? .....	226
11.2	VwGH .....	229
11.2.1	Einvernehmliche Auflösung ohne Wiedereinstellungszusage .....	229
11.2.2	Einvernehmliche Auflösung mit Wiedereinstellungszusage.....	231
11.2.3	Stellungnahmen zu den Entscheidungen des VwGH .....	233
11.2.4	Lösungsvorschläge in der Literatur .....	236
11.3	Verfassungswidrigkeit der §§ 9 AngG bzw 5 EFZG? .....	237
11.3.1	Zwecksetzung und Ausgestaltung .....	237
11.3.2	Vorliegen einer planwidrigen Unvollständigkeit .....	238
11.3.3	Ergebnis .....	240
<b>12.</b>	<b>Diskriminierende einvernehmliche Auflösung.....</b>	<b>241</b>
12.1	Problemstellung.....	241
12.2	Mittelbare versus unmittelbare Diskriminierung .....	242

12.3	Bekämpfung einer diskriminierenden einvernehmlichen Auflösung .....	244
12.4	Beendigung iSd GIBG .....	245
12.5	Diskriminierende einvernehmliche Auflösung nach dem GIBG? .....	250
12.5.1	Kongruenter Tatbestands- und Sanktionenkatalog? .....	250
12.5.2	Literatur und Judikatur .....	251
12.5.3	Richtlinienkonforme Auslegung .....	253
12.5.4	Exkurs: B-GIBG .....	255
<b>13.</b>	<b>Rückerstattung von Ausbildungskosten .....</b>	<b>257</b>
13.1	Allgemeines .....	257
13.2	Ältere Rechtslage .....	259
13.3	Neue Rechtslage .....	262
13.4	Interessenlagen und Rechtfertigung einer Rückerstattung .....	265
13.5	Verfassungskonforme Bestimmung? – Eigener Lösungsansatz .....	268
<b>14.</b>	<b>Konkurrenzklausele .....</b>	<b>271</b>
14.1	Allgemeines .....	271
14.2	Meinungsstand in Rechtsprechung und Lehre .....	272
14.3	Verfassungswidrigkeit der Bestimmung? .....	276
14.3.1	Zwecksetzung und Ausgestaltung .....	276
14.3.2	Vorliegen einer planwidrigen Unvollständigkeit .....	278
14.3.3	Wertung und Ergebnis .....	278
<b>15.</b>	<b>Abfertigung „alt“ .....</b>	<b>280</b>
15.1	Anspruchsauslösende einvernehmliche Auflösung .....	280
15.2	Verzicht auf die Abfertigung „alt“ iVm den Interessenlagen .....	282
15.3	Wertung/Ergebnis .....	285
<b>16.</b>	<b>Freizeit während der Kündigungsfrist .....</b>	<b>287</b>
16.1	Allgemeines .....	287
16.2	Anspruchsvoraussetzungen und erfasste Beendigungsformen vor dem ARÄG 2000 .....	288
16.3	Anspruchsvoraussetzungen und erfasste Beendigungsformen nach dem ARÄG 2000 .....	289
16.4	Anspruch bei einvernehmlicher Vertragsauflösung .....	291
16.4.1	OGH 4 Ob 124/59 .....	291
16.4.2	Stellungnahmen in der Literatur .....	292
16.4.3	Wertung – Eigener Lösungsansatz .....	295

<b>17. Betriebsübergang</b>	297
17.1 Allgemeines	297
17.2 (Un)Zulässigkeit der einvernehmlichen Auflösung beim Betriebsübergang	298
17.2.1 Zulässige einvernehmliche Auflösungen	298
17.2.2 Unzulässige einvernehmliche Auflösungen	301
17.2.2.1 Umgehungsabsicht des § 3 Abs 1 AVRAG	301
17.2.2.2 Sittenwidrige Rechtsgestaltungen	303
17.3 Ergebnis	304
<b>18. Arbeitskräfteüberlassung</b>	307
18.1 Allgemeines	307
18.2 Häufigkeit der einvernehmlichen Auflösung	307
18.3 Umgehung des AÜG	309
<b>19. § 104a ArbVG</b>	311
19.1 Entstehung und Struktur der Befugnis	311
19.2 Mitwirkungsrecht iSd ArbVG?	312
19.2.1 Allgemeines	312
19.2.2 Kritik der Literatur an der Ausgestaltung des § 104a ArbVG	314
19.2.3 Eigene Stellungnahme	315
19.3 Chronologischer Ablauf des Beratungsrechtes	316
19.4 Zweck der Regelung	317
19.5 „Verlangen des Arbeitnehmers“ auf Beratung	321
19.5.1 Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG	321
19.5.2 Adressat des Beratungsverlangens	322
19.5.3 Abhaltung der Beratung	323
19.5.4 „Nachweisliches“ Beratungsverlangen	324
19.5.5 Nennung des Belegschaftsorgans	325
19.5.6 Weitere Anforderungen an das Beratungsverlangen	326
19.6 Rechtsunwirksamkeit der einvernehmlichen Auflösung	328
19.6.1 Zweitägige Sperrfrist	328
19.6.1.1 Arbeitstag	328
19.6.1.2 Berechnung der Frist	329
19.6.2 Geltendmachung der Rechtsunwirksamkeit	333
19.6.2.1 Konstruktion der Geltendmachung	333
19.6.2.2 Absolute oder relative Nichtigkeit?	334
19.6.3 Form der Geltendmachung der Rechtsunwirksamkeit	336
19.6.4 Folgen einer erfolgreichen Geltendmachung der Rechtsunwirksamkeit	340
19.6.4.1 Nichtigkeit ex tunc	340

19.6.4.2 Entgeltfortzahlungsanspruch .....	340
19.7 Aufklärungspflicht des Arbeitgebers .....	342
19.8 Bedeutung in der Praxis – Reformvorschläge .....	343
<b>20. Konkurrenz zwischen § 104a und §§ 105, 106 ArbVG? .....</b>	<b>345</b>
<b>21. Sozialversicherungsrechtliche Aspekte der einvernehmlichen Auflösung .....</b>	<b>346</b>
21.1 Auflösungsabgabe .....	346
21.1.1 Allgemeines und Zwecksetzung .....	346
21.1.2 Ausnahmetatbestände .....	347
21.1.3 Verfassungskonforme Einbeziehung der einvernehmlichen Auflösung .....	349
21.2 Anspruch auf Arbeitslosengeld .....	354
21.2.1 Beendigungsform als Anspruchsgrundlage .....	354
21.2.2 Einvernehmliche Auflösung im System des AIVG .....	355
21.3 Anspruch aus dem Versicherungsfall der Mutterschaft – Folgen einer in Unkenntnis der Schwangerschaft abgeschlossenen Auflösungsvereinbarung .....	358
<b>22. Anfechtung und Nichtigkeit der einvernehmlichen Auflösung .....</b>	<b>362</b>
22.1 Anfechtbarkeit .....	362
22.1.1 Allgemeines .....	362
22.1.2 Anfechtung wegen Irrtums .....	363
22.1.3 Anfechtung wegen Drohung und List .....	367
22.1.3.1 Allgemeines .....	367
22.1.3.2 Drohung .....	367
22.1.3.3 List .....	370
22.1.4 Anfechtung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage .....	371
22.1.5 Weitere Anfechtungsgründe .....	372
22.2 Nichtigkeit .....	373
22.2.1 Allgemeines .....	373
22.2.2 Gesetzeswidrigkeit .....	374
22.2.3 Sittenwidrigkeit .....	375
<b>23. Zusammenfassung und Ergebnisse .....</b>	<b>378</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>382</b>
<b>Judikaturverzeichnis .....</b>	<b>406</b>