

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	13
Vorwort	21
1. Einleitung/Problemstellung	23
2. Begriff und Wesen	29
3. Zivilrechtliche Grundvoraussetzungen	32
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
4. Abgrenzung der einvernehmlichen Auflösung von anderen Beendigungsformen	43
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
5. Abschlussvoraussetzungen	62
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

Inhaltsverzeichnis

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

Inhaltsverzeichnis

5.8.2	Schriftlichkeit durch Fax?.....	146
5.8.3	Schriftlichkeit durch E-Mail?	149
5.8.4	Schriftlichkeit durch SMS?.....	151
6.	Abschluss einer einvernehmlichen Auflösung durch einen Stellvertreter.....	152
6.1	Allgemeines.....	152
6.2	Form des Vertretungsvertrages	152
7.	Beachtung von Fürsorge- und Treuepflicht	156
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
8.	Regelungen in Kollektivverträgen	162
8.1	Allgemeine Regelungskompetenz.....	162
8.2	Schriftformgebote.....	162
8.3	Sonstige Regelungen – Beispiel Angestellten-KV NEUSTART.....	164
9.	Regelungen in Betriebsvereinbarungen	169
9.1	Allgemeine Regelungskompetenz.....	169
9.2	Schriftformgebote.....	169
9.3	Sonstige Regelungen	170
10.	Einheitslösung oder Differenzierungslösung?	171
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
11.	Einvernehmliche Auflösung während des Krankenstandes	223
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	Anspruchsgrundende 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
12.	Diskriminierende einvernehmliche Auflösung.....	241
12.1	Problemstellung.....	241
12.2	Mittelbare versus unmittelbare Diskriminierung	242

Inhaltsverzeichnis

12.3 Bekämpfung einer diskriminierenden einvernehmlichen Auflösung	244
12.4 Beendigung iSd GlBG	245
12.5 Diskriminierende einvernehmliche Auflösung nach dem GlBG?	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-GlBG	255
13. Rückerstattung von Ausbildungskosten	257
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
14. Konkurrenzklause	271
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
15. Abfertigung „alt“	280
15.1 Anspruchsauslösende einvernehmliche Auflösung	280
15.2 Verzicht auf die Abfertigung „alt“ iVm den Interessenlagen	282
15.3 Wertung/Ergebnis	285
16. Freizeit während der Kündigungsfrist	287
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

17. Betriebsübergang	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
18. Arbeitskräfteüberlassung	307
18.1 Allgemeines.....	307
18.2 Häufigkeit der einvernehmlichen Auflösung.....	307
18.3 Umgehung des AÜG	309
19. § 104a ArbVG	311
19.1 Enstehung 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 „Nachweislisches“ 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 dèr 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

Inhaltsverzeichnis

19.6.4.2 Entgeltfortzahlungsanspruch	340
19.7 Aufklärungspflicht des Arbeitgebers	342
19.8 Bedeutung in der Praxis – Reformvorschläge	343
20. Konkurrenz zwischen § 104a und §§ 105, 106 ArbVG?	345
21. Sozialversicherungsrechtliche Aspekte der einvernehmlichen Auflösung	346
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 AlVG	355
21.3 Anspruch aus dem Versicherungsfall der Mutterschaft – Folgen einer in Unkenntnis der Schwangerschaft abgeschlossenen Auflösungsvereinbarung	358
22. Anfechtung und Nichtigkeit der einvernehmlichen Auflösung	362
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 Gesetzwidrigkeit	374
22.2.3 Sittenwidrigkeit	375
23. Zusammenfassung und Ergebnisse	378
Literaturverzeichnis	382
Judikaturverzeichnis	406