

**Lösungsvorschlag Fortbildungsprüfung  
zum/zur Verwaltungsfachwirt/in 2021  
19. November 2021**

**Fach: Öffentliches Dienstrecht, Kommunikation und Mitarbeiterführung**

**Die nachfolgenden unverbindlichen Hinweise zur Lösung behandeln die nach Auffassung des Erstellers maßgeblichen Probleme der Aufgabe.**

**Sie stellen keine „Musterlösung“ dar und schließen andere vertretbare, folgerichtig begründete Ansichten selbstverständlich nicht aus. Der Inhalt und Umfang der Lösungshinweise, die Ausführlichkeit und die Detailgenauigkeit der Darlegungen enthalten insbesondere keinen vom Prüfungsausschuss vorgegebenen Maßstab für die Leistungsanforderung und –bewertung.**

<b>Lösung SV 1</b>	<b>[59]</b>
<b>Aufgabe 1</b>	<b>[4]</b>
<p>u.a.          - § 15 Abs. 3 TzBfG (befristetes Arbeitsverhältnis)          - § 15 Abs. 1 – 3 KSchG, § 48 Abs. 1 SächsPersVG          - (§ 22 Abs. 2 BBiG)          - § 17 Abs. 1 MuSchG          - § 18 BEEG          - (§ 5 PflegeZG )          - (§ 2 Abs. 3 FPfZG in Verbindung mit § 5 PflegeZG)          - § 168 SGB IX</p>	
<b>Aufgabe 2</b>	<b>[50]</b>
<b>Punkteverteilung:</b>	
<b>Obersatz</b>	
<b>1 Vorprüfung</b>	
<b>2 Schriftliche Kündigungserklärung</b>	
2.1 Form	
2.2 Zugang	
2.3 Inhalt	
2.4 Kündigungsberechtigter	
<b>3 Kündigungserklärungsfrist</b>	
<b>4 allgemeine Unwirksamkeitsgründe</b>	
<b>5 Ordnungsgemäße Beteiligung des Personalrats</b>	
<b>6 Kündigungsgrund</b>	
6.1 „an sich“ zur außerordentlichen Kündigung geeigneter Kündigungsgrund	
6.1.1 Vorwurf der Illoyalität	
6.1.2 Vorwurf der Pflichtwidrigkeit (genesungswidriges Verhalten und Arbeitsverweigerung)	
6.2 Interessenabwägung / Ultimo Ratio Prinzip	
6.3 Grund nicht „verbraucht“ / Negativprognose:	
<b>7 Klagefrist</b>	
<b>8 Ergebnis:</b>	
-----	
<b>Obersatz § 626 Abs. 1 BGB:</b>	
Das Dienstverhältnis kann von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund gekündigt werden	
<b>1 Vorprüfung</b>	
Bestehendes Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien – <u>wirksames AV</u> – hier unproblematisch	
<b>2 Schriftliche Kündigungserklärung</b>	
<b>2.1 Form: § 623 BGB und § 126 BGB</b>	
Lt. SV wurde die Kündigung <u>schriftlich</u> ausgesprochen und v. <u>OBM unterschrieben</u> (§ 51 SächsGemO), und zwar am 17.05.2021. Die Kündigung enthielt auch die Kündigungsgründe, die aber nicht der Schriftform unterfallen.	
<b>2.2 Zugang</b>	
Grundsatz: Nach § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB: Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie ihm zugeht. Eine schriftliche Willenserklärung gilt unter Anwesenden als zugegangen, wenn sie dem Empfänger übergeben wurde. Die Kündigung müsste dem M.	

auch zugegangen sein. Die Kündigung vom 17.05.2021 wurde dem M vom Leiter des Personalamts am 20.05.2021 überreicht. Es ist also von einem „Zugang unter Anwesenden“ auszugehen. Dabei gilt die Kündigung als zugegangen, wenn sie dem M übergeben wurde. Dies ist hier der Fall – M hat sie entgegengenommen. Die Kündigung ist damit wirksam zugegangen, und zwar am 20.05.2021.

### **2.3 Inhalt/Bestimmtheit der Kündigungserklärung (§§ 133, 157 BGB):**

Kündigungswille muss zweifelsfrei erkennbar sein → lt. SV (+)

### **2.4 Kündigungsberechtigter**

Stadtrat im Einvernehmen m. OBM (§ 28 Abs. 4 S. 1 SächsGemO), S. 3 (-), hier Beschluss (+)

### **3 Kündigungserklärungsfrist, § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB**

#### **gem. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB**

Die Kündigung muss binnen zwei Wochen nach Kenntniserlangung des Kündigungsgrundes zugegangen sein (Absendung genügt nicht!). Die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB müsste eingehalten worden sein. Danach muss die Kündigungserklärung innerhalb von zwei Wochen erfolgen, nachdem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Für den Fristbeginn kommt es auf die sichere und möglichst vollständige positive Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen durch den Arbeitgeber an. Nicht ausreichend ist die Kenntnis des konkreten, die Kündigung auslösenden Anlasses, d. h. des "Vorfalls", der einen wichtigen Grund darstellen könnte. Dem kündigungsberechtigten Arbeitgeber muss eine Gesamtwürdigung des Kündigungssachverhalts möglich sein. Der Arbeitgeber muss die Ermittlungen aber zügig durchführen. Die Frist beginnt demnach i.d.R. mit der letzten Aufklärungshandlung oder der Anhörung des Arbeitnehmers. Bei der Fristberechnung zählt dieser Tag aber nicht mit (§ 187 Abs. 1 BGB).

Lt. SV hat die Oberbürgermeisterin am 03.05.2021 von der Vorstellung des M bei der Gemeinde F. und der vorliegenden Krankenschreibung erstmals erfahren. Am 06.05.2021 hat sie den M. zu dem Vorfall angehört. Eine frühere Anhörung des M war ihr nicht möglich, da er am 03.05.2021 noch krankgeschrieben war. Mit dieser Anhörung war die Aufklärung des Vorfalls nach dem Sachverhalt beendet. Die Frist begann also am 07.05.2021 und endete zwei Wochen später am 20.05.2021. Spätestens an diesem Tag musste dem M die Kündigung zugehen. Die Kündigung wurde dem M. am 20.05.2021 übergeben. Sie ging ihm also fristgerecht an diesem Tag zu.

→ Die Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB wurde eingehalten.

### **4 Keine Nichtigkeit der Kündigung**

Bspw. Verstoß gegen gesetzliches Verbot (§ 134 BGB), Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB), Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB). Anhaltspunkte für eine Nichtigkeit der Kündigung sind nicht erkennbar.

### **5 Ordnungsgemäße Beteiligung des Personalrats**

Der Personalrat ist bei außerordentlichen Kündigungen durch den Arbeitgeber anzuhören (§ 73 Abs. 6 SächsPersVG). Eine Kündigung ist unwirksam, wenn der Personalrat nicht beteiligt worden ist. Lt. Sachverhalt wurde der Personalrat wirksam angehört. Der Personalrat hat keine Bedenken gegen die Kündigung erhoben. → wirksam

### **6 Kündigungsgrund**

Obersatz: Nach § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden – hier der Stadt S. – unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Frist für eine ordentliche Kündigung nicht zugemutet werden kann. § 626 Abs. 1 BGB ist nur erfüllt, wenn ein Anlass zur Kündigung vorliegt, der an sich geeignet ist, einen wichtigen Grund darzustellen, wenn es keine mildere Alternative zu der Kündigung zur Behebung des Problems gibt und wenn im Rahmen der abschließenden Interessenabwägung kein Überwiegen der für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses streitenden Interessen festgestellt werden kann.

#### **6.1 „an sich“ zur außerordentlichen Kündigung geeigneter Kündigungsgrund (= Abwarten der ordentlichen Kündigungsfrist nicht zumutbar).**

Ist der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“, d.h. typischerweise als wichtiger Grund geeignet? Achtung: Im Kündigungsrecht gilt das Prognose- und nicht das Sankti-

onsprinzip. Für die kündigungsrechtliche Beurteilung ist weder die strafrechtliche noch die sachenrechtliche Bewertung maßgebend. Entscheidend ist der Verstoß gegen vertragliche Haupt- oder Nebenpflichten und der mit ihm verbundene Vertrauensbruch. Es müsste zunächst ein „an sich“ zur außerordentlichen Kündigung geeigneter Kündigungsgrund vorliegen. Dann müssten die zum Gegenstand der außerordentlichen Kündigung gemachten Pflichtverletzungen des M. diesen Anforderungen gerecht werden.

#### **6.1.1 Vorwurf der Illoyalität**

Das Vorstellungsgespräch des M. bei der Gemeinde F. und die damit in Zusammenhang stehenden Umstände könnten einen wichtigen Grund i.S. des § 626 Abs. 1 BGB „an sich“ darstellen. Die Stadt S. wirft dem M Illoyalität vor. Loyalität, d.h. die Vertragstreue unter Achtung der Interessen des Arbeitgebers gehört zu den Nebenpflichten aus dem Arbeitsverhältnis. Fraglich ist, ob M. mit seinem Verhalten seine Nebenpflicht zu loyalem Verhalten gegenüber dem Arbeitgeber Stadt S. verletzt hat und ob die Kündigung damit unter dem Gesichtspunkt des durch M mit seinem Verhalten dokumentierten Abkehrwillens begründet sein könnte. Ein von einem Arbeitnehmer gezeigter Abkehrwille rechtfertigt nicht ohne Weiteres die Kündigung – auch bzw. auch gerade dann nicht, wenn er erst kürzlich wegen einer Pflichtverletzung abgemahnt (und insoweit nicht gekündigt) wurde. Solange der Arbeitnehmer (hier: nach der Abmahnung) seine vertraglichen Pflichten erfüllt, kann es ihm grundsätzlich nicht vorgeworfen werden, dass er sich nach einem anderen Arbeitsfeld umschaute. Art. 12 GG gewährt dem Arbeitnehmer die freie Arbeitsplatzwahl. Die Tatsache, dass er im Herbst 2020 nicht gekündigt, sondern „lediglich“ abgemahnt wurde, stellt keinen Umstand dar, der ihm eine besondere Loyalitätspflicht auferlegt, so dass er sich nicht nach einem anderen Arbeitsplatz umsehen durfte. Dem M kann demnach nicht vorgeworfen werden, sich nach einem anderen Arbeitsplatz umzuschauen.

(Hinweis: Ausreichend für die Klausurlösung ist es, wenn der Prüfling diesen eben genannten Gesichtspunkt aus Art. 12 GG erkennt.

Es kann nicht erwartet werden, dass der folgende Punkt erkannt wird.

Eine Kündigung kann allenfalls dann gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitnehmer seine Pflichten im alten Arbeitsverhältnis zu Gunsten seiner zukünftigen Tätigkeit vernachlässigt. Aus dem Sachverhalt ergibt sich aber nicht, dass M seine Pflichten aus Anlass der Umschau nach einem neuen Arbeitgeber oder gar zugunsten der künftigen Tätigkeit bei der Gemeinde F. vernachlässigt hat.)

#### **Zwischenergebnis:**

Dem M. kann keine Verletzung der ihm obliegenden Nebenpflicht zur Loyalität vorgeworfen werden.

#### **6.1.2 Vorwurf der Pflichtwidrigkeit (genesungswidriges Verhalten und Arbeitsverweigerung)**

Fraglich ist, ob sich der M durch seine Vorstellung bei der Gemeinde F während seiner Arbeitsunfähigkeit am 29.04.2021 pflichtwidrig verhalten hat. Nach Ansicht der Stadt S hat er sich insoweit genesungswidrig verhalten bzw. (hilfsweise) die Arbeit verweigert, da er eigentlich gar nicht arbeitsunfähig war. Ein arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer hat während seiner Ausfallzeit durch sein eigenes Verhalten dafür Sorge zu tragen, dass er die Phase der Arbeitsunfähigkeit möglichst zügig überwindet. Das bedeutet aber nicht, dass er stets nur das Bett zu hüten hat, oder jedenfalls die eigene Wohnung nicht verlassen sollte. Vielmehr ist auf die je vorliegende Krankheit abzustellen, um ermessen zu können, welche Tätigkeiten einem Arbeitnehmer während der Zeit der Arbeitsunfähigkeit untersagt sind. Im vorliegenden Falle hat M. während der hier streitigen Arbeitsunfähigkeit an einer Einschränkung der Bewegungsfähigkeit seines rechten Arms gelitten, die auf einen eingeklemmten Nerv zurückzuführen war. Ihm ist ärztlicherseits nur angeraten worden, den rechten Arm nicht zu belasten. Damit ist nicht erkennbar, weshalb es dem M verboten sein sollte, sich bei der Gemeinde F während der Arbeitsunfähigkeit für den von ihm angestrebten Posten vorzustellen. Ein genesungswidriges Verhalten des M liegt demnach nicht vor. Des Weiteren wirft die Stadt S dem M (hilfsweise) Arbeitsverweigerung vor, da nach ihrer Ansicht keine Arbeitsunfähigkeit vorgelegen habe – was sein Vorstellungsgespräch bei der Gemeinde F. belege (Vortäuschung von Arbeitsunfähigkeit). Die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit hat der Arbeitnehmer nachzuweisen. M. ist diesen Anforderungen mit der Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nachgekommen (s. Bearbeitungshinweis). Der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung kommt nach der Rechtsprechung ein hoher Beweiswert zu. Auch in einem Arbeitsgerichtsverfahren ist im Regelfall der Beweis der Arbeitsunfähigkeit mit Vorlage der Bescheinigung als erbracht anzusehen.

Fraglich ist insoweit aber, ob möglicherweise der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung wegen des Vorstellungsgesprächs des M während seiner Krankschreibung erschüttert sein könnte. Nach dem Bearbeitungshinweis hat die Stadt S. aber nichts unternommen, ihre

<p>Ansicht, Arbeitsunfähigkeit habe gar nicht vorgelegen, zu untermauern – sie hat die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht ärztlich prüfen lassen (z.B. betriebsärztlich). Es verbleibt damit bei dem Inhalt und dem Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, so dass von einer Arbeitsunfähigkeit des M am 29.04.2021 auszugehen ist, die nicht widerlegt ist.</p> <p><b>Zwischenergebnis:</b> Der Auftritt des M. bei der Gemeinde F während seiner Arbeitsunfähigkeit kann daher weder als genesungswidriges Verhalten noch als Arbeitsverweigerung gewertet werden. Weitere Kündigungsgründe sind nicht erkennbar.</p> <p><b>Zwischenergebnis:</b> Es liegt kein „an sich“ zur außerordentlichen Kündigung geeigneter Kündigungsgrund vor</p> <p><b>6.2 Abwägung der Interessen (da gutachterliche Prüfung)</b> Individuelle Gedankenleistung</p> <p><b>6.3 Negativprognose: / Unzumutbarkeit</b> <i>Mit einer außerordentlichen Kündigung steht nicht die Sanktionierung von Verhalten der Vergangenheit im Vordergrund. Vielmehr soll zukünftigen Pflichtverletzungen vorgebeugt werden (Negativprognose).</i> Abmahnung nur erforderlich, wenn noch Verhaltensänderung erreicht werden könnte. Eine Prüfung entfällt, da M keine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt hat. Auch eine Abmahnung als milderer Mittel kommt schließlich nur in Betracht, wenn tatsächlich eine Pflichtverletzung vorliegt. Insbesondere kann auch die im Herbst 2020 erteilte Abmahnung hier nicht zur Begründung einer Negativprognose herangezogen werden, da die dem M seinerzeit abgemahnte und die ihm nunmehr vorgeworfene Pflichtverletzung nicht miteinander vergleichbar sind. Dies wäre aber eine Voraussetzung, um aus der seinerzeitigen Abmahnung eine Negativprognose herzuleiten. Außerdem: ultima ratio</p> <p><b>7 Klagefrist</b> § 13 (1) S. 2 KSchG i. V. m. § 4 S. 1 KSchG: ...; unter Beachtung der §§ 5, 7 KSchG Fristberechnung</p> <p><b>8 Ergebnis:</b> Die außerordentliche Kündigung vom 17.05.2021 ist mangels eines wichtigen Grundes i. S. d. § 626 Abs. 1 BGB unwirksam, aber Beachtung der Klagefrist</p> <p><b>Aufgabe 3</b> <b>Umdeutung in ordentliche Kündigung (§ 140 BGB)</b> a) bei Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung b) Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für ordentliche Kündigung c) Beteiligung (Mitwirkung - § 78 SächsPersVG) des Personalrats zur ord. Kündigung d) hypothetisches Einverständnis des Kündigenden, ggf. Wegfall des Grundes e) Klageerhebung des AN innerhalb der Klagefrist von 3 Wochen</p> <p><b>Anbieten eines Auflösungsvertrages (§33 Abs. 1b TVöD) mit ggf. Abfindung</b></p>	<p>[5]</p>
<p><b>Sachverhalt 2</b> <i>Anmerkung: § 3 Abs. 3 TVG sieht eine „Nachbindung“ vor, wenn ein Arbeitgeber nicht mehr Mitglied einer Tarifvertragspartei ist. Die Nachbindung gilt auch für Neueinstellungen. Die Nachbindung erlischt, wenn der Tarifvertrag ausläuft. Nach aktueller Rechtsprechung gilt dies auch bereits bei Änderungen des Tarifvertrags.</i> <i>Der TVöD wurde durch die Änderungsvereinbarung Nr. 15 vom 25. Oktober 2020 geändert. Somit gilt die Nachbindungswirkung nur bis 24. Oktober 2020. Mit Herrn Wolf wurde erst 2021 ein AV geschlossen. Somit kann er sich nach aktueller Rechtslage nicht mehr auf die Nachbindung berufen.</i></p> <p><i>Sachlogisch sollte dies auch seitens der Prüflinge erkannt werden, da die Stadt B keine Einflussmöglichkeiten auf die Tarifverhandlungen hatte (Austritt vor dem Abschluss des Änderungstarifvertrags). Somit kann auch nicht erwartet werden, dass die Stadt B die neuverhandelten Regelungen (ohne deren Mitwirkung) anwenden muss.</i></p> <p><b>Aufgabe 1</b> Fraglich ist, ob der TVöD unmittelbar und zwingend angewandt werden muss.</p>	<p>[26]</p> <p>[8]</p>

<p>§ 4 Abs. 1 TVG: Der TVöD gilt unmittelbar und zwingend zwischen den beiderseits Tarifgebundenen. Prüfung beidseitige Tarifgebundenheit (§ 3 Abs. 1 TVG) Herr Wolf ist Mitglied bei ver.di (Tarifvertragspartei) Stadt B ist seit dem 01.09.2020 kein Mitglied im KAV Sachsen (Tarifvertragspartei i. S. d. § 2 Abs. 1 TVG) somit kein Mitglied VKA als Arbeitgebervereinigung (Spitzenorganisation § 2 Abs. 2 TVG) Die Nachbindung ist aufgrund der Tarifverhandlung und des damit verbundenen Änderungstarifvertrags erloschen. Somit gilt ein Tarifvertrag nicht unmittelbar und zwingend. Prüfung, ob TVöD mittelbar gilt: Geltungsbereich TVöD - § 1 Abs. 1 TVöD, §§ 38-39 nicht eröffnet da kein Mitglied KAV → VKA Stadt S ist nicht gezwungen den TVöD anzuwenden.</p> <p><b>Aufgabe 2</b> <i>Anmerkung: Wie geprüft gilt der TVöD gilt nicht mehr.</i> Es ist zu prüfen, ob die Probezeit rechtmäßig vereinbart wurde. TVöD findet keine Anwendung. Die Probezeit richtet sich nach dem BGB. Gem. § 622 Abs. 3 BGB kann eine Probezeit von längstens sechs Monaten vereinbart werden. Laut Arbeitsvertrag wurde hier eine Probezeit von drei Monaten vereinbart. Der Zeitraum übersteigt somit keine sechs Monate. Die Probezeit wurde rechtmäßig vereinbart. (Grundsatz der Vertragsfreiheit)</p> <p><b>Aufgabe 3</b> <i>Anmerkung: Wie geprüft gilt der TVöD gilt nicht mehr.</i> Der arbeitsvertragliche Urlaubsanspruch bestimmt sich laut Sachverhalt nach den Regelungen des BUrlG (vgl. §§ 1, 2 BUrlG).</p> <p>Anspruch lt. AV Fünf-Tage Woche -&gt; 25 Urlaubstage Arbeitsbeginn ist der 01.07.2021 Wartezeit gemäß § 4 BUrlG beträgt sechs Monate FB: 01.07.2021 § 187 Abs. 2 BGB FE: 31.12.2021 § 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB → somit Wartezeit nicht erfüllt (erst mit Ablauf des 31.12.2021) Kürzung nach § 5 Abs. 1a) <math>25/12 \cdot 6 = 12,5</math> Tage Aufrundung auf 13 Tage gemäß § 5 Abs. 2 BUrlG</p> <p>Anspruch BUrlG Vergleich mit gesetzlichem Mindesturlaub (§ 3 (1) BUrlG): 24 WT = 20 AT Günstigkeitsprinzip (vgl. § 13 BUrlG): Anspruch lt. AV ist günstiger</p> <p>Ergebnis M hat einen Anspruch auf 13 Urlaubstage für 2021</p>	<p>[6]</p> <p>[12]</p>
<p><b>Teil II</b></p> <p>(Hinweis: Es sollen nur Punkte vergeben werden, wenn sich der Prüfling mit dem Vorschlag auseinandersetzt. Eine reine Aufzählung ohne Abwägung Kosten / Voraussetzung / Nutzen ist nicht ausreichend.)</p> <p>Es sind weitere Maßnahmen zu prüfen (Wiedereintritt gilt streng genommen nicht als Maßnahme). Ebenso zählen Maßnahmen zur Reichweitensteigerung nicht als Attraktivitätssteigerung. Die folgende Auflistung der Themen ist beispielhaft und nicht abschließend (eine Abwägung erfolgt nicht)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Moderne Arbeitsplatzgestaltung</li> <li>• Feedback-Kultur</li> <li>• Förderung positiver Innen- und Außenwirkung</li> </ul>	<p>[10]</p>

<ul style="list-style-type: none"> <li>• Umweltfreundliche Mobilität</li> <li>• Willkommens- und Abschiedsmanagement</li> <li>• Personalentwicklung</li> <li>• Flexible Arbeitszeitmodelle</li> <li>• Kinder- und Familienfreundlichkeit</li> </ul>	
---	--

**Punkteverteilung:**

Teil I	85 Punkte
Sachverhalt 1	(59 Punkte)
A 1	4
A 2	50
A 3	5
Sachverhalt 2	(26 Punkte)
A 1	8
A 2	6
A 3	12
Teil II	10 Punkte
Aufbau, Gliederung und Stil	5 Punkte
Gesamt	100 Punkte