

Prot. Nr. 32.01./P. **M187/15627**Bozen, **13 -01- 2015**Bearbeitet von:
Stephan Beikircher
Tel. 0471 / 41 20 20
stephan.beikircher@provinz.bz.it

An alle mittels e.mails:

Herrn Landesrat
Philipp Achammer
Ressort für Deutsche Bildung und Kultur und
für IntegrationZur Kenntnis: Herrn Schulamtsleiter
Dr. Peter Höllrigl
Deutsches Bildungsressort**Eintragung mit Vorbehalt in der dritten Gruppe der Rangliste für Lehrpersonal**

Sehr geehrter Herr Landesrat,

unter Bezugnahme auf das Schreiben vom 18.12.2014, Prot. Nr. 711526, mit welchem die Frage aufgeworfen wird, ob es rechtmäßig ist, dass Lehrpersonen, welche sich mit Vorbehalt in die DRITTE GRUPPE der Landesranglisten eintragen konnten, diesen Vorbehalt nach Erlangung der Anerkennung der in einem EU-Land erworbenen Lehrbefähigung auflösen und so, trotz einer relativen geringen Punktezah, vor den Personen, welche in der ZUSÄTZLICHEN GRUPPE eingetragen sind und eine höhere Punktezah aufweisen, eine Arbeitsstelle wählen können, wird Folgendes ausgeführt.

Diesbezüglich ist auch auf das Rechtsgutachten von RA Dr. Menestrina vom 1.12.2014 einzugehen.

Bei der aufgeworfenen Problematik geht es einzig und allein um die Positionen der Personen, welche mit Vorbehalt in der III Gruppe eingetragen sind und den Vorbehalt bis heute nicht aufgelöst haben.

Was die Rekonstruktion der rechtlichen Ausgangssituation angeht, ist darauf zu verweisen, dass im Gutachten von RA Menestrina eine wesentliche Bestimmung vergessen wird und zwar die Artikel 5/bis und 6 des Gesetzesdekretes vom 1. September 2008, Nr. 137, mit Änderungen zum Gesetz erhoben durch das Gesetz vom 30. Oktober 2008, Nr. 169, laut welchen die Ausnahmeregelung auch auf die Studierenden des Schuljahres 2007/2008 anzuwenden ist. Demnach kann nicht auf den Stichtag 1.1.2007 (In-Kraft-Treten des Gesetzes Nr. 296/2006) abgestellt werden und alle entsprechenden Ausführungen betreffend die angebliche Unrechtmäßigkeit der Eintragung mit Vorbehalt der Studierenden im akademischen Schuljahr 2007/2008 sind unbegründet, da eben der Staat diese Personen in die Vorbehaltsregelung einfließen hat lassen.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass laut Artikel 97 der Verfassung alle öffentlichen Stellen mittels Wettbewerb zu besetzen sind (vgl. Beschluss VfGH Nr. 207/2013: "*.....il pubblico concorso costituisce il metodo necessario e inderogabile anche per l'assunzione di personale scolastico, docente e non docente, in base all'articolo 97, terzo comma, della Costituzione, il quale dispone che agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso*"). Ausnahmeregelungen sind laut Verfassungsgerichtshof begründeterweise zulässig (vgl. Beschluss Nr. 207/2013): "*...che il sistema delle graduatorie permanenti del personale a tempo determinato, affiancato a quello del pubblico concorso, è in grado di garantire sia che l'assunzione del personale scolastico a tempo determinato avvenga con criteri oggettivi - cioè senza abusi né disparità - sia di consentire a detto personale di avere una ragionevole probabilità, nel tempo, di diventare titolare di un posto di ruolo, con un contratto a tempo indeterminato.*"



Siehe in diesem Sinne auch Urteil Verfassungsgerichtshof Nr. 89/2003.

Das VwG Latium, Sektion III-bis, hat diesbezüglich im Urteil vom 19. April 2014, Nr. 4337 festgehalten: *„Nella nozione di concorso per l'accesso al pubblico impiego non sono comprese le fattispecie delineate in materia scolastica dall'art. 401 D.Lgs. 16 aprile 1994 n. 297 e ss.mm., caratterizzate dall'inserimento in apposite graduatorie permanenti (poi ad esaurimento) dei docenti in possesso di determinati requisiti, con l'assegnazione di un punteggio rigidamente prestabilito per i titoli posseduti da ciascuno, le quali sono preordinate al conferimento delle cattedre che si rendono mano a mano disponibili. Il procedimento in questione, infatti, non ha le caratteristiche tipiche del concorso finalizzato all'assunzione del personale, non essendovi posti messi a concorso da coprire né prove da sostenere, mentre la valutazione dei titoli non ha connotati tali da comportare una comparazione meritocratica della preparazione e dell'esperienza professionale, bensì si atteggia come graduazione meccanica, ricognitiva del possesso di alcuni essenziali requisiti e la consequenziale attribuzione del punteggio.“*

Unstrittig ist, dass sich die Autonome Provinz Bozen an die Grundsätze der staatlichen Regelung halten muss.

Aufgrund der komplexen staatlichen Regelung können folgende Grundsätze für die Aufnahme von Lehrpersonal herausgearbeitet werden:

Die Personalaufnahme erfolgt grundsätzlich über Wettbewerb.

Im Schulwesen ist die Personalaufnahme auch mittels Ranglisten möglich und dieses System ist in sich vollständig und stellt eine legitime Sonderregelung dar (siehe in diesem Sinne der Kassationsgerichtshof, Abteilung Arbeit, im Urteil vom 20. Juni 2012, Nr. 10127).

Der staatliche Gesetzgeber erlaubt zudem *expressis verbis* eine Anpassung der staatlichen Vorgaben an die lokalen Bedürfnisse (vgl. Artikel 2 Absatz 6 Gesetzesdekret vom 7. April 2004, Nr. 97, mit Änderungen zum Gesetz erhoben durch das Gesetz vom 4. Juni 2004, Nr. 143, in geltender Fassung).

Diese Vorgaben wurden vom Landesgesetzgeber bekanntlich erstmalig mit Landesgesetz vom Nr. 4/2007 und dann mit Landesgesetz Nr. 2/2008 umgesetzt, wobei der Landesgesetzgeber die Umsetzung der Vorgaben nachfolgend mittels Beschluss gewählt hat, um auf die ständigen staatlichen Änderungen schnell reagieren zu können.

Der Landesgesetzgeber bzw. nachher die Landesregierung hat der besonderen Ausbildungssituation der Südtiroler Lehrerschaft gebührend Rechnung getragen und den laut staatlichen Bestimmungen mit Vorbehalt in die III Rangliste eintragbaren Personen jene gleichgestellt, die im Begriff sind in der Europäischen Union einen entsprechenden Ausbildungstitel zu erwerben.

Die im Rechtsgutachten von RA Menestrina bezüglich dieser Gleichstellung lediglich angerissenen Zweifel sind durch das Urteil des VwG Bozen vom 5. September 2005, Nr. 316 vollkommen widerlegt: *„Die pauschale Punktezuweisung, wie sie für nichtitalienische Staatsbürger bzw. für solche, die ihre Lehrbefähigung im Ausland erworben haben, gehandhabt wird, steht im Widerspruch zum gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbot und stellt ein Hindernis für die Grundfreiheit der Arbeitnehmerfreizügigkeit dar (Art. 39 ff. EGV; VO (EWG) 1612/68 vom 1.1.12.1968).“* Laut Artikel 53 des Gesetzes vom 24. Dezember 2012, Nr. 234 ist die so genannte Inländerdiskriminierung mittlerweile untersagt.

Auch die Eintragung in die geschlossenen Ranglisten mit Auslaufcharakter von Personen, die aus diesen Ranglisten gelöscht wurden, stellt keine eindeutige Gesetzesverletzung dar. In diesem Sinne hat sich das Landesgericht Cassino, Sektion für die Arbeitsstreitigkeiten im Urteil vom 15. Juli 2014 ausgesprochen: *„Ad avviso del Giudicante l'introduzione della graduatoria ad esaurimento (graduatorie chiuse diversamente dalla graduatoria permanente) non è di ostacolo alla riammissione in graduatoria degli insegnanti che avevano ommesso di presentare domanda di conferma e/o aggiornamento. Invero la circostanza che la medesima norma faccia salvi soltanto determinati inserimenti non preclude la possibilità di rientro in graduatoria per coloro che ne sono stati cancellati.“*

Il tenore della L.2006 induce a ritenere bloccati i nuovi inserimenti per il futuro ma non può escludere il recupero di chi già era collocato nella graduatoria; anche perché l'art.1 comma 1 bis della L. n. 143 del 2004 è ancora in vigore nella sua interezza, non essendoci stata una abrogazione espressa da parte della nuova



normativa in materia di graduatorie ad esaurimento (L. n. 296 del 2006) o comunque non essendo stata prevista una disciplina di coordinamento. Ne consegue la pronuncia di cui al dispositivo.

Ancora. I docenti ricorrenti in questione appartengono al personale precario e per essi è non ipotizzabile la possibilità di non voler rimanere in graduatoria essendo unico modo di accesso la mondo del lavoro. La cancellazione a fronte del quadro normativo appare ingiusta e sommariamente ingiusta, tale da essere non debitamente partecipata (Cfr. Tribunale di Latina 14.5.2013- Tribunale di Verona, 2013; Tribunale di Firenze 17.5.2013; Tribunale di Matera sent. N. 1192/2012; Tribunale di Treviso; Tribunale di Pistoia sent.17/14 del 27.3.2014).“

Nun kann auf die aufgeworfene Frage, wie folgt geantwortet werden.

Die Eintragung von Personen mit Vorbehalt in die III Gruppe in die inzwischen geschlossenen Ranglisten mit Auslaufcharakter so wie die Schaffung einer so genannten zusätzlichen Gruppe (vgl. Artikel 14 Absatz 2/ter des Gesetzesdekretes vom 29. Dezember 2011, Nr. 216, mit Änderungen zum Gesetz erhoben durch das Gesetz vom 24. Februar 2012, Nr. 14) ist unter dem Gesichtspunkt der Aufarbeitung der im Schulwesen vorliegenden prekären Arbeitsverhältnisse bis zur Abhaltung der neuen Wettbewerbe (für 2015 angekündigt) zu sehen und stellt somit eine allgemeine Regelung der prekären Arbeitsverhältnisse dar.

Die Auflösung des Vorbehalts ist in der staatlichen Regelung an keine Frist gebunden und auch der Landesgesetzgeber hat bis heute keine solche Frist vorgesehen. Dies bedeutet, dass der Vorbehalt, aufgrund der Umwandlung der ständigen Ranglisten in geschlossene Ranglisten mit Auslaufcharakter bis zur endgültigen Besetzung aller Stammrollen, der dort eingetragenen Personen, also ohne Zeitlimit, aufgelöst werden könnte.

Um solch einer zeitlich unbegrenzten Möglichkeit, die aufgrund der Ausnahmesituation der prekären Arbeitsverhältnisse erlassen wurde, Herr zu werden und die Möglichkeit zu schaffen in Zukunft die Personalaufnahme wieder mittels Abhaltung von Wettbewerben zu gestalten, ist eine Befristung der Möglichkeit der Auflösung des Vorbehalts sicherlich möglich, wenn nicht sogar notwendig, um verfassungskonform zu sein. Diese Frist muss natürlich einen angemessenen Zeitrahmen berücksichtigen.

Was nun die Tatsache betrifft, dass Personen, die in der zusätzlichen Gruppe eingetragen sind und gegebenenfalls mehr Punkte haben, als Personen, die in der III Gruppe mit Vorbehalt eingetragen sind und dann durch Auflösung des Vorbehalts von diesen Letzteren bei der Stammrollenwahl wiederum überholt würden, kann Folgendes gesagt werden.

Personen der III Gruppe mit Vorbehalt können keine Stelle wählen so lange sie den Vorbehalt nicht aufgelöst haben. Dies bedeutet, dass in der Zwischenzeit die Personen der zusätzlichen Gruppe diese Personen überholen und eventuell eine Stammrolle wählen können. Für diesen Fall tritt keine Schmälerung der Ansprüche der Personen der zusätzlichen Gruppe ein.

Anders gelagert ist natürlich der Fall, dass jemand der III Gruppe den Vorbehalt vor der Neuzuweisung der Stammrollenstellen auflöst und somit vor den Personen der zusätzlichen Gruppe, auch wenn diese eine höhere Punktezahl besitzen, zum Zuge kommt.

Die besondere Vorbehaltsregelung der III Gruppe stellt sicherlich eine ganz spezifische Sonderregelung im Rahmen der allgemeinen Ausnahmeregelungen zum öffentlichen Wettbewerb zur Aufnahme in den Schuldienst dar.

Hier kommt demnach die althergebrachte Regel „*lex posterior generalis non derogat priori specialis*“ die von der Doktrin und der Rechtsprechung ausgearbeitet wurde, zum Tragen.

Die Beibehaltung der Vorbehaltsregel der III Gruppe, wenn auch mit einer Frist belegt, entspricht somit den gängigen Interpretationskriterien und würde die Ansprüche der Personen in der zusätzlichen Gruppe nicht beschneiden.

Das Landesgericht Mailand, Abteilung für Arbeitsstreitigkeiten, hat im Urteil vom 17. Februar 2014 ausgeschlossen, dass Personen die Anrecht haben in die zusätzliche Gruppe (Artikel 14 Absatz 2/ter, G.D. Nr. 216/2011) eingetragen zu werden, kein Anrecht haben in die III Gruppe eingetragen zu werden: „*Quindi, fermo tutto quanto sopra osservato, si deve ritenere che i ricorrenti non possono vantare alcun diritto all'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento nella terza fascia e ciò sulla base delle stesse norme di fonte primaria citata. Infatti, il legislatore - dopo aver ribadito che le graduatorie ad esaurimento di cui*



all'articolo 1, commi 605, lettera c), e 607, della L. 27 dicembre 2006, n. 296, e successive modificazioni, restano chiuse - ha istituito una fascia aggiuntiva alle predette graduatorie per i docenti, come i ricorrenti, che hanno frequentato i corsi biennali abilitanti negli anni accademici 2008/2009, 2009/2010, 2010/2011."

Die Vorbehaltsregelung der III Gruppe kommt einer *factio* aufgrund einer gesetzlichen Regelung gleich. Selbst RA Menestrina kommt in seinem Gutachten zum Schluss, dass es sich bei der Erstellung der Ranglisten um subjektive Rechte der Einzelnen handelt. Die Rechtsprechung hat immer ausgeschlossen, dass es sich bei der Erstellung dieser Ranglisten um einen klassischen Wettbewerb handelt, so dass die entsprechenden Grundsätze der Rechtsprechung nicht zur Anwendung kommen.

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit hält zudem mittlerweile fest, dass die Verwendung einer bestehenden Rangliste der Neuausschreibung vorzuziehen ist, wobei aber ein subjektives Recht auf Anstellung auszuschließen ist. Siehe in diesem Sinne VwG Kampanien, V Sektion, Urteil vom 12. November 2014, Nr. 5814: "*L'utilizzazione della graduatoria dei candidati utilmente collocati in graduatoria è da preferire rispetto all'indizione di un nuovo concorso, salvo che ricorrano particolari ragioni che rendano opportuno il ricorso a questa seconda forma di reclutamento del personale, (ragioni) che debbono essere esplicitate dall'Amministrazione con congrua motivazione. Tuttavia vi è l'impossibilità di configurare un diritto soggettivo pieno alla assunzione degli idonei mediante scorrimento della graduatoria, che sorgerebbe per il solo fatto della vacanza e disponibilità dei posti in organico (d.lgs. n. 165/2001)."*

Wollte man die Vorbehaltsregelung der III Gruppe wegen Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes oder des meritokratischen Kriteriums als verfassungswidrig oder gesetzeswidrig erachten, dann wäre auf alle Fälle auch die Ausnahmeregelung bezüglich der zusätzlichen Gruppe davon betroffen, die ja zeitlich nach der III Gruppe geschaffen wurde und, wie gesehen, selbst eine Ausnahmeregelung darstellt und auch nicht auf meritokratischen Kriterien aufgebaut ist, sondern lediglich aufgrund einer mechanischen Berechnung des Vorhandenseins einiger Voraussetzungen erstellt wurde (vgl. das zitierte Urteil des VwG Latium Nr. 4337/2014).

Für etwaige weitere Klärungen stehen wir jederzeit zur Verfügung.

Mit besten Grüßen

Der Direktor
RA Dr. Stephan Beikircher