

## Referat an der Delegiertenversammlung der IGS, am 5. November 2015

### Die Aufgaben des Geometers – Hoheitlich oder nicht?

Sehr geehrte Damen und Herren

Sie geben mir die Gelegenheit darüber nachzudenken, ob und wie weit die Aufgaben des Geometers hoheitlich sind oder nicht. Die Antwort eines Juristen wird sie wohl kaum überraschen. Sie lautet: „Es kommt darauf an“. Worauf es ankommt und welche Konsequenzen daraus zu ziehen sind, ist der Kern meiner Ausführungen.

Gerne stütze ich die Gedanken auf meine Erfahrungen mit der amtlichen Vermessung, aber auch mit der Geoinformationswelt und dem Baurecht. In all diesen Bereichen sind mir Fragen im Zusammenhang mit dem Wirken der Geometer gestellt worden. Sie bezogen sich auf das rein privatrechtliche Vorgehen, ob die Höhenauskunft eines Geometers verbindlich ist und zu Schadenersatz führen kann, wenn der Architekt auf dieser falschen Grundlage ein Projekt entwirft, das dann wegen Verstosses gegen gesetzliche Höchst- oder Abstandsvorschriften nicht bewilligt wurde. Auch im Zusammenhang mit Dienstbarkeitsflächen oder mit neuen GIS-Projekten stellt sich immer wieder Frage, ob Geometer mitwirken sollen oder müssen, damit diese Informationssysteme die geforderte Genauigkeit ausweisen kann. Schliesslich fragt man sich auch im Baubewilligungsverfahren: Braucht es den Geometer um Schnurgerüste zu kontrollieren, oder kann dies eine Bauingenieur der Bauunternehmung ebenso gut.

Bei diesen Fragestellungen geht es nie um die Fähigkeiten der Geometer. Diese gelten in jedem Fall als hoch qualifiziert, genau und verbindlich. Anders als bei Juristen oder anderen „geistigen Berufen“ sind die Ergebnisse immer klar und müssen nicht durch Interpretation verständlich gemacht werden – immerhin: die Fragen der Toleranzen ist heute kein Thema.

Die mir gestellten Fragen möchte ich in drei Schritten erörtern:

1. Zunächst werde ich den Begriff „hoheitlich“ beleuchten und aufzeigen, welche Geometertätigkeiten dazugehören.
2. Alsdann werde ich auf die Bedeutung die Zuordnung eingehen.
3. In einem dritten Schritt werde ich zeigen, wer denn die hoheitlichen Tätigkeiten ausführen darf oder zumindest, wer dies zu bestimmen hat.

## 1. Teil: Wann ist eine Aufgabe hoheitlich?

Zunächst einige Ausführungen zur Wirtschaftsfreiheit

In der Schweiz gilt die Wirtschaftsfreiheit. Dies ist in der Bundesverfassung ausdrücklich geregelt. Sie umfasst insbesondere den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung (Art. 27 BV). Bund und Kantone haben sich an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu halten (Art. 94 BV). Dies gilt in erster Linie für den Gesetzgeber. Er darf nur von der Wirtschaftsfreiheit abweichen, wenn dies in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet ist. Dem Bund und den Kantonen ist es untersagt, „Regelungen und Massnahmen zu treffen, die den Wettbewerb unter privaten Wirtschaftssubjekten verzerren oder den Wettbewerb gar verunmöglichen“ (Vallender in St. Galler Kommentar BV, Art. 94 BV, Rz. 6).

Die Verfassung verlangt somit eine ausdrückliche Regelung in einem Gesetz, wenn von der Wirtschaftsfreiheit abgewichen werden soll, wenn also der Zugang zu einzelnen Tätigkeiten staatlich beschränkt wird. Gleichzeitig darf die allenfalls beabsichtigte Regelung den Wettbewerb unter den privaten Unternehmungen nicht verzerren oder verunmöglichen – die hoheitlichen Tätigkeiten sind nicht geschützt.

Die Bundesverfassung geht somit davon aus, dass alle Tätigkeiten und jede Aufgabe frei zugänglich. Diese Freiheit darf nur eingeschränkt werden, wenn eine gesetzliche Grundlage besteht, ein öffentliches Interesse nachgewiesen ist und die Verhältnismässigkeit gewahrt wird (Art. 36 BV), das heisst: Die Einschränkung darf nur so weit gehen, als dies notwendig ist.

Die Verfassung regelt die Wirtschaftsfreiheit unter den Privaten Konkurrenten. Sie kommt bei Aufgaben des Staates nur beschränkt zum Tragen. Bei den Aufgaben, die der Staat ausüben muss, die also im öffentlichen Interesse erbracht werden und zu diesem Zweck hoheitlich sind oder erklärt werden können, muss er Rahmenbedingungen setzen und Freiheiten einschränken können.

Was bedeutet das nun für die Frage der Hoheitlichkeit?

Zur Einleitung eine Klarstellung: **Eine allgemeingültige Definition oder eine Gesetzeszusammenstellung, welche Tätigkeiten hoheitlich sind und damit dem Staat zustehen, existiert im Schweizerischen Recht nicht.** Zudem ändern sich die zwingenden Staatsaufgaben im Zeitablauf, sodass die hoheitlichen Tätigkeiten je Epoche unterschiedlich sind, ja sein können.

Festzuhalten ist an dieser Stelle jedoch bereits ein Zweifaches:

- Aufgaben, die durch staatliche Regelung der Wirtschaftsfreiheit rechtmässig entzogen sind, entzogen sein müssen, sind hoheitlich und es besteht kein Anspruch auf freien Zugang zu diesen Tätigkeiten. Dabei dürfen die Begriffe hoheitliche Tätigkeit und (staatliche) Tätigkeiten, gleichgesetzt werden.
- Aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip folgt zudem, dass der Begriff „hoheitlich“ eng auszulegen ist und die staatlich zu übernehmenden Aufgaben und Verantwortungen auf das Nötigste zu begrenzen sind. „hoheitlich“ sollen aus der Sicht der Verfassung somit nur Tätigkeiten umfassen, die aus einem bestimmten Grund der Staatsgewalt **vorbehalten sein müssen**. Diese dem Staat vorbehaltenen Tätigkeiten müssen im Gesetz ausdrücklich geregelt sein oder sich aus einer Aufgabenzuweisung unweigerlich ergeben.

Der Begriff „hoheitlich“ ist ein **unbestimmter Rechtsbegriff, der im Einzelfall mit Inhalt gefüllt werden kann**. So hat das **Bundesgericht** in seiner Rechtsprechung folgende Aufgabe als hoheitliche anerkannt:

- Krankenbetreuung in öffentlichen Spitälern
- *Gutachtertätigkeit* für staatliche Behörden
- Dolmetschertätigkeiten an Gerichten
- Veröffentlichung amtlicher Mitteilungen, die gesetzlich vorgeschrieben sind - und zwar auch dann, wenn im Amtsblatt gleichzeitig private Werbung erscheint.
- Tätigkeiten, die mit dem Einsatz von Zwangsmitteln verbundenen sind, sofern sie nicht bloss beiläufig erfolgen
- Der Einsatz von Tieren zur Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung (berittene Polizei) oder die Verwendung von Hunden durch Polizei- oder Zollbeamte, um z.B. Drogen aufspüren – nicht aber, wenn ein Polizeihund z.B. einen Fahrgast beisst, der ihm im Gang des Eisenbahnwagens versehentlich auf die Pfote tritt.

- öffentliche Beurkundung - und zwar unabhängig davon, ob mit der Beurkundung nach kantonalem Recht ein Beamter oder ein freierwerbender Notar oder Anwalt beauftragt ist. Beurkundung ist eine amtliche, hoheitliche Tätigkeit und die Urkundsperson ein staatliches Organ.

Diese Vielfalt der Rechtsprechung lässt sich nur schwer in allgemeinen Formeln zusammenfassen, sie ist anhand von Einzelfragen ergangen und nicht vergleichbar mit einem interpretierbaren Gesetzestext. Immerhin darf man aufgrund dieser Entscheiden annehmen, dass Aufgabe als hoheitlich gelten, wenn

- die Fachgesetzgebung dies ausdrücklich erklärt
- mit der Aufgabe Verfügungsmöglichkeiten verbunden sind und Bussen ausgesprochen werden können.
- zur Durchsetzung der Aufgabe die Polizei beizogen werden kann.

Den Entscheiden des Bundesgerichts kann zudem entnommen werden, dass die Funktion bzw. Stellung einer Person oder die gewählten Organisationsform (eigene Aufgabenerledigung oder outsourcing) für die Hoheitlichkeit einer Tätigkeit nicht entscheidend ist. Es ist als insbesondere nicht von Bedeutung, ob eine ausführende Person gewählte oder gar vereidigte wurde; nicht von Bedeutung ist auch, ob die Aufgaben von Organen der öffentlichen Verwaltung oder von Privaten im Namen der Verwaltung ausgeübt werden. Unbeachtlich ist schliesslich auch, ob jemand die Aufgabe als Haupttätigkeit oder nur als Teilbeschäftigung ausübt; gemischten Tätigkeiten sind bei den privaten Geometern (Nachführungsgeometer) die Regel. Das Bundesgericht hat bisher – soweit ich es überblicke – keinen Entscheid über die Bedeutung gemischter Tätigkeiten gefällt. Es musste die Frage offensichtlich noch nicht klären. Es hat zwar Vorbereitungsmaßnahmen ausdrücklich als nicht hoheitlich bezeichnet. Wie weit aber diese Rechtsprechung für gemischte Betriebsaufgaben zutrifft, ist nicht abschliessend geklärt. Mir schiene es sinnvoll, allen Tathandlungen den hoheitlichen Status zuzusprechen (oder eben nicht), die für den erwarteten Abschluss der Aufgabe erforderlich sind, die zum beabsichtigten „staatlich verbindlichen“ Produkt führen. Bei den Notaren, die teilweise amtliche, teilweise private Funktionen erfüllen, darf das kantonale Recht jedenfalls festlegen, ob sie gesamtheitlich einer der beiden Regelungen unterstellt werden - so hat das Bundesgericht entschieden.<sup>1</sup> – Immerhin ist nicht zu verschweigen, dass gemischte Betriebsformen Probleme aufwerfen (Kontrolle der Buchhaltung durch den Staat, soweit hoheitliche Aufgaben erfüllt werden).

---

<sup>1</sup>

BGE 126 III 370, S. 373

Was hoheitliche Tätigkeit ist, muss auch **nach internationalem Recht geprüft** werden. In der Tat könnten ausländischen Geometer allenfalls ein Recht auf Marktzugang geltend machen, wenn im WTO-Recht, in den bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU oder den Verträge mit der EFTA eine offenere Regelung vorgesehen wäre, als in der Schweiz. Wenn also der hoheitliche Bereich enger ist als nach der Rechtsprechung und damit der Zugang zu den freien Tätigkeiten umfassender.

Dies trifft jedoch nicht zu: Das WTO-Recht ist im Rahmen der Submissionsgesetzgebung in der Schweiz umgesetzt und verlangt keine zusätzliche Öffnung. Nach den bilateralen Verträge wie auch dem Abkommen mit den EFTA-Ländern kann Selbständigen das Recht auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit zwar verweigert werden kann, wenn diese Tätigkeit dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist. In diesen Fällen – den sogenannten Bereichsausnahmen - sollen die internationalen Vereinbarungen nicht anwendbar sein und es gilt ausschliesslich das nationale Recht. „öffentliche Gewalt“ im Sinne der Bilateralen Verträge ist enger auszulegen, als „hoheitliche Tätigkeit“ durch eine Anstellung in der öffentlichen Verwaltung – so hat das Bundesgericht entschieden. Ob dies aber auch zutrifft, wenn Private an Stelle der öffentlichen Verwaltung Tätigkeiten mit öffentlicher Gewalt ausüben (ausgelagerte Aufgaben), ist damit nicht entschieden. Damit von öffentlichen Tätigkeiten gesprochen werden kann, muss – nach dem Staatsvertragsrecht – ein bestimmter Grad an Entscheidautonomie und eine „gewissen Letztverantwortung“ vorhanden sein. Nur so umschriebene Aufgaben fallen unter die Bereichsausnahmen der Bilateralen Verträge und unterstehen der Freizügigkeit bzw. dem freien Zugang nicht.

Es müsste die Frage vertieft werden, ob die Auswirkung der bilateralen Verträge nur dann zu beachten sind, wenn sich die Frage überhaupt stellt, wenn also ein ausländischer Geometer sich konkret um Arbeiten in der Schweiz bewirbt und dann den engen Ausnahmehereich anspricht. Dies ist abzulehnen: Ein solches Vorgehen würde der Rechtssicherheit schaden, zumal eine engere Umschreibung der Bereichsausnahmen der Umfang der hoheitlichen Tätigkeit verringern und damit die Trabweite der Wirtschaftsfreiheit vergrössern würde. Kommt dazu, dass auch die Regelung der Bilateralen Verträge mit unbestimmten Rechtsbegriffen auskommen muss und aus diesem Grund nicht klarer ist als die Praxis des Bundesgerichts. Auch wenn sich die Schweiz an der EU-Rechtsprechung orientiert, scheint mir der Begriff der hoheitlichen Tätigkeit nicht gross zu variieren – immerhin macht es Sinn, die Schweizerische Auslegung ebenfalls eng zu halten und damit der Wirtschaftsfreiheit mehr Raum zu lassen. Merken Sie sich jedoch: Dies Interpretation ist nur möglich, wenn und soweit das Gesetz keine Regeln getroffen hat.

Zu beachten ist immerhin: Zwar kann sich nur ein ausländischer Geometer auf diese internationalen Abmachungen direkt berufen und den freien Zugang zu Tätigkeiten verlangen. Soweit aber aus der internationalen Regelung allenfalls eine grössere Freizügigkeit in der Vermessung abzuleiten wäre, könnte sich auch der Schweizer Geometer, das heisst jener der seine Niederlassung oder seinen Geschäftssitz in der Schweiz hat darauf berufen. Dies ergibt sich aus Binnenmarktgesetz<sup>2</sup>. Diese Gleichbehandlung lässt sich gerichtlich einfordern.

Diese Beschränkung der hoheitlichen Aufgaben aus den Bilateralen Verträgen auf Tätigkeiten mit einer Entscheidautonomie und einer gewisse Letztverantwortung deckt sich bestens mit dem schweizerischen System der Wirtschaftsordnung. Wie eingangs gesehen, darf die Wirtschaftsfreiheit unter anderem nur im Rahmen der Verhältnismässigkeit (erforderlich, geeignet und zumutbar) eingeschränkt werden. Hoheitlich setzt somit auch im Geometerbereich voraus, dass mit der Tätigkeit eine Entscheidautonomie und eine gewisse Letztverantwortung verbunden sind.

Folgerungen: für die Geometertätigkeiten im Einzelnen

Aus der Rechtslage, der Rechtsprechung des Bundesgerichts und dem Einwirken des internationalen Rechts lassen sich zur Frage, welche Aufgaben der Geometer als hoheitlich bestimmt werden können, folgende Schlüsse ziehen:

- In der **Bauvermessung** erfüllen die Geometer nur wenige Aufgaben. Bautechnische Vermessungen werden ja oft von den Polieren vorgenommen - sie dienen dem Vollzug des Werkvertrags und können keine hoheitlichen Tätigkeiten sein.
- **Schnurgerüstkontrollen** sind dann eine hoheitliche Tätigkeit, wenn sie anstelle der für den Vollzug zuständigen Baubewilligungsbehörde geleistet werden und dem ausführende Geometer dabei Entscheidbefugnis zukommt. Der Geometer muss die gesamte Arbeit in eigener Verantwortung vornehmen; die Vermessung darf nicht nur begleitend die Baukontrolle unterstützen. Dies gilt auch für Vermessungen im **Strassenbau**, etwa bei der planlichen Festsetzung von Strassenbaulinie.

---

<sup>2</sup> Jede Person mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz hat in Bezug auf den Zugang zum Markt mindestens die gleichen Rechte, die der Bund in völkerrechtlichen Vereinbarungen ausländischen Personen gewährt. (Art. 6 Abs. 1 Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM), vom 6. Oktober 1995, SR 943.02)

- **Beim Betreiben eines GIS** des Kantons und der Umsetzung der Geoinformationsgesetzgebung haben die Geometer – nach der bestehenden Gesetzgebung - kaum Aufgaben zu erledigen, auch wenn dort Gebiete und Objekte abgegrenzt und Planvorlagen, wie Nutzungsplanungen rechtsverbindlich erstellt werden. Sofern aber Flächen für Naturschutzinventare oder den Altlastenkataster rechtsverbindlich abzugrenzen sind und der Geometer diese Aufgabe in Selbstverantwortung und nicht nur in einer Nebenrolle ausübt, handelt es sich um eine hoheitliche Tätigkeit. Die Erstellung von Leitungskatastern wiederum ist in der Regel nicht hoheitlich, sondern eine reine Hilfstätigkeit
- Beim **Betreiben des ÖREB-Kataster**, falls Geometer hierzu beigezogen werden, ist das Entgegennehmen und Verwalten von dargestellten ÖREB keine hoheitliche Tätigkeit. Hingegen ist die Abgabe von Daten und Beglaubigung der Auszüge eine formell hoheitliche Aufgabe.
- Bei der **Durchführung der amtlichen Vermessung** bestehen immer gewisse Entscheidbefugnisse, auch wenn es – in Bezug auf den Grenzverlauf - letztlich nur um die Dokumentation des Willens der Nachbareigentümer geht. Der Genehmigungsvorbehalt durch den Kanton bewirkt keine grosse Einschränkung dieser Verantwortung, sodass ein grosser Teil der Arbeiten in der amtlichen Vermessung hoheitlichen Charakter hat. Namentlich das rechtsverbindliche Erfassen des von den Nachbareigentümern vor Ort festgestellten Grenzverlaufes, das Setzen von Marksteinen und Eintragen der Grenzverläufe im Vermessungswerk, wie auch das Erstellen und die Abgabe des rechtsverbindlichen Plans für das Grundbuch sind hoheitliche Tätigkeiten. Hingegen sind die weiteren Tätigkeiten, wie etwa das Zusammenstellen von Plandokumenten nach den Wünschen der Kunden, und die Abgabe des Basisplan oder eines Dienstbarkeitsplans keine hoheitlichen Tätigkeiten.
- Beim **Nachführen und Verwalten des Vermessungswerks** sind die Sicherungsaufgaben (vor Datenverlust) und die Abgabe des Plans für das Grundbuch hoheitliche Tätigkeiten. Die Datenabgabe und die Abrechnung der Gebühren sind nur dann hoheitlich, wenn der Geometer auch mit dem Gebühreneinzug betraut ist und diese im Verweigerungsfall einziehen kann. Klar hoheitlich sind auch das Erstellen der Mutationstabelle und des Mutationsplans im Rahmen der Nachführung und die Integration der geänderten Grenzen im Vermessungswerk. Nicht hoheitlich – und oft auch nicht Aufgabe des Geometers - ist es, die Mutationen durch Eintrag im Grundbuch für die Grundeigentümer rechtsverbindlich zu machen. Nicht

hoheitlich sind selbstverständlich die gewerblichen Leistungen nach Art. 19 GeolG, etwa der Kartenverkauf.

Aus dieser Kurzübersicht, die im Einzelnen erklärungsbedürftig wäre, ergibt sich, dass ein grosser Teil der Geometertätigkeit in der amtlichen Vermessung hoheitlich ist. Weitere Aufgaben, etwa im Baubewilligungsverfahren sind nur dann hoheitlich, wenn dies speziell geregelt und mit Verantwortung und Entscheidbefugnissen gekoppelt ist.



## **2. Teil: Was bedeutet die Qualifikation als hoheitliche Tätigkeit**

Für den privaten Geometer hat die Definition eine erfreuliche und eine weniger erfreuliche Seite:

Erfreulich ist, dass das Freizügigkeitsabkommen mit der EU keinen Anspruch auf Inländergleichbehandlung verlangt, wenn es um hoheitliche Tätigkeiten geht. Wer also als Geometer hoheitliche tätig ist, steht nicht im Wettbewerb mit ausländischen Berufskollegen. Der Marktzugang kann nicht gefordert werden.

Weniger erfreulich ist jedoch, dass der Staat berechtigt ist, bei hoheitlichen Tätigkeiten die Rahmenbedingungen festzusetzen. Dieser Bereich ist grundsätzlich der Wirtschaftsfreiheit entzogen, soweit dies wirklich nötig und erforderlich ist (Verhältnismässigkeitsprinzip). Der Staat darf bei diesen Tätigkeiten nicht nur die Arbeitsweise festlegen und damit die im Geoinformationsgesetz verankerte Methodenfreiheit einschränken, sondern auch Bedingungen an die Fachausbildung der betrauten Personen oder an den betrieblichen Hintergrund setzen. Dies hat der Gesetzgeber im Vermessungsrecht festgelegt: Er verlangt für bestimmte Vermessungsarbeiten, die im Dienste der Grundstücksicherheit stehen und damit dem Liegenschaftsverkehr dienen, die besondere Ausbildung als patentierter Geometer mit Eintrag im Berufsregister.

### 3. Teil: Wer übt die hoheitlichen Tätigkeiten aus?

Damit komme ich zum dritten Teil, nämlich zur Frage, wer nun im konkreten Fall Geometertätigkeiten ausführen darf. Ich beschränke mich hier auf die amtliche Vermessung und dabei auf die hoheitlichen Tätigkeiten.

Ausgangspunkt meiner Überlegungen ist wiederum die Wirtschaftsfreiheit. Auf dieses Grundrecht kann sich der Wettbewerbssteilnehmer nicht mehr berufen, wenn die Tätigkeit als hoheitlich eingestuft wird. Der Staat kann diese Freiheit wie gesehen einschränken, wenn es auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist. Mit der Bezeichnung als hoheitliche Tätigkeit ist das öffentliche Interesse an einer Einschränkung bereits beantwortet. Es ist deshalb nur noch darzustellen, ob in der Amtlichen Vermessung die gesetzliche Grundlage vorhanden ist und ob sie nur so weit geht, wie es nötig ist (Verhältnismässigkeit).

Die gesetzlichen Grundlagen für die Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit, indem Tätigkeiten zu hoheitlichen Aufgaben bestimmt werden, sind in den Art. 29 und 34 GeolG sowie in den kantonalen Gesetzen folgt vorhanden:

- In Art. 29 GeolG werden die Aufgaben der amtlichen Vermessung festgelegt und der Bundesrat wird mit der Regelung der Grundzüge beauftragt. Diese Aufgabe hat der Bundesrat in der VAV erfüllt. In Art. 44 VAV beschränkt er die Arbeitsausführung in personeller Hinsicht. Die Vermessungsarbeiten im Bereich der für den Privateigentümer wichtigsten Informationsebenen namentlich in der Informationsebene Liegenschaften sind den patentierten im Register aufgeführten Geometer vorbehalten. Damit hat der Bundesgesetzgeber die erforderliche gesetzliche Grundlage für die Einschränkung der Geometertätigkeit wohl richtig geschaffen. Er hat den freien Wettbewerb sachbezogen beschränkt, also dort wo es nötig ist, um die Rechtssicherheit des Grundstückverkehrs zu garantieren.
- Gleichzeitig legt Art. 34 Abs. 2 GeolG die Verantwortung für die Durchführung der AV in die Zuständigkeit der Kantone. Die Kantone haben damit zu entscheiden, wer nun konkret die Arbeiten der AV in welchem Gebiet durchführen kann.

Bei der Auswahl der Geometer haben sie unterschiedliche Rahmenbedingungen des Bundes zu beachten. Dazu Folgendes:

- Arbeiten der Ersterhebungen, Erneuerungen und provisorischen Numerierungen sind nach den Vorgaben der Submissionsgesetzgebung zuzuteilen. In diesem hoheitlichen Bereich herrscht also unter dem beschränkten Teilnehmerkreis (patentierte Ing.Geom.) immerhin eine Konkurrenz. Nicht zu verkennen ist dabei, dass die Verfahren und Ausschreibungsbedingungen die staatlichen Stellen überfordern können. In die Vorbereitung dieser Arbeitsvergaben – so mein Ratschlag aus gemachter Erfahrung - genügend Zeit und Fachwissen investiert wird; ein Fachwissen, das nicht zur Kernaufgabe der Geometer gehört.
- Bei den Nachführungstätigkeiten sieht die Bundesregelung nur vor, dass eine öffentliche Ausschreibung stattfinden muss, wenn in einem bestimmten Gebiet Arbeiten der AV von einem Geometer ausschliesslich getätigt werden (Art. 45 Abs. 2 VAV). Diese Bundesvorgabe lassen es zu, dass der Kanton oder die Gemeinde die Nachführung selber übernimmt, dass die Aufgaben einem Nachführungsgeometer übergeben werden, der in einem Preiswettbewerb oder in einem Stellenwettbewerb erkoren wird. In allen Fällen hat der Kanton zu regeln, wie die Nachführung organisiert und der Geometer ausgewählt wird.

Bei der der Gebietszuweisung der Geometer haben die Kantone unterschiedliche Systeme gewählt die nicht alle der freien Wirtschaft die gleichen Möglichkeiten bieten; sie grenzen die Wirtschaftsfreiheit unter Umständen weiter ein, als dies nötig wäre und verletzen an sich das Verhältnismässigkeitsprinzip:

- Wenn der Kanton oder die Gemeinde die Aufgabe selber ausführt – was wie gesagt möglich ist – besteht überhaupt kein Wettbewerb. Für diese Form gibt es aus der Sicht der freien Wirtschaft kaum sachliche Gründe.
- Wenn das Nachführungsgebiet in Kreise eingeteilt ist und die einzelnen Kreise einem bestimmten Geometerbüro / Nachführungsgeometer zuteilt, errichtet der Staat ein Monopol, das gesetzlich sogar vorgesehen ist. Ob der ausführende Geometer hoheitlich wirken kann, entscheidet sich nach dem kantonalen Recht und den Verantwortungen, die ihm übertragen sind. So sind Lösungen zu finden, dass der Geometer zwar entscheiden kann, wenn der Privateigentümer aber nicht einverstanden ist, verfügt die Vermessungsaufsicht hoheitlich; in diesem Beispiel ist der Geometer an sich nur Hilfsperson der Vermessungsaufsicht. –

Wie sie wissen hat die WEKO aber im Jahre 2006 der Vermessungsdirektion Empfehlungen abgegeben, von diesem System wegzukommen. Sie hat

zumindest eine zeitliche Beschränkung der Nachführungstätigkeit gefordert – den Aspekt allfälliger Amortisation der Installationen hat sie ausdrücklich als ungenügend bezeichnet. Dieses System findet sich aber in den meisten Kantonen. Die zeitliche Beschränkung und Neuausschreibung als Preiswettbewerb oder als Stellenwettbewerb kommt zwar dem Verhältnismässigkeitsprinzip entgegen und muss als wirtschaftliches Minimum bezeichnet werden.

- Es ist durchaus machbar, das haben die Kantone Freiburg und Schwyz gezeigt, dass die Nachführung für das ganze Gebiet allen patentierten Geometern, die im Berufsregister eingetragen sind, offen steht. Der Privateigentümer entscheidet, wem er seine Mutationsaufgaben anvertrauen will und was er dafür bezahlen soll. Dieses System trägt der Wirtschaftsfreiheit am besten Rechnung und schränkt am wenigsten ein. – selbstverständlich ist dabei ein Philosophiewandel der Verwaltung erforderlich und die zentrale Datenhaltung bringt Mehraufwand mit sich – dies sollte meines Erachtens aber durch den Gewinn an Wettbewerb wettgemacht sein.

#### **4. Teil Schlussbemerkung**

Die Frage, welche Tätigkeiten hoheitlicher oder nicht hoheitlicher Natur sind, ist nicht allgemeingültig geregelt. Eine Antwort ist jedoch nötig, weil nur die Nicht-hoheitlichen Tätigkeiten der Wirtschaftsfreiheit untersteht und damit frei zugänglich sind. Das Bundesgericht hat den Begriff der hoheitlichen Tätigkeit in Einzelfällen bestimmt; auch das Freizügigkeitsrecht aus den bilateralen Verträgen enthält Vorgaben für den Markzugang. Diese Vorgaben stimmen mit dem Schweizer Recht insofern überein, als sie die Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit auf ein enges Mass beschränken. Aus diesen Grundlagen kann eine Zielrichtung aber keine Klarheit über die Aufgaben abgeleitet werden, die nun hoheitlich oder nicht hoheitlich sind. Auch bei der Geometertätigkeit wird die Frage im Einzelfall zu klären sein, soweit das Gesetz nichts Konkretes regelt.

Wichtiger als diese Frage erscheint mir jedoch die Frage, wer denn die hoheitlichen Tätigkeiten ausüben darf, die zwingend nur von einem Geometer geleistet werden können. Die Antwort darauf hängt vor allem mit der kantonalen Organisation zusammen und sollte – im Sinne der möglichst umfassenden Wirtschaftsfreiheit – freiheitlich geregelt sein, ohne dass die Sicherheit des Grundstücksverkehrs darunter leidet.