Der Zugang zum schweizerischen Markt für Geometerarbeiten

Ingenieur-Geometerinnen und Ingenieur-Geometer aus unseren Nachbarstaaten haben gestützt auf das Personenfreizügigkeitsabkommen von 1999 unter gewissen Voraussetzungen das Recht, in der Schweiz Arbeiten der amtlichen Vermessung auszuführen. Dieser Beitrag fasst die diesbezüglichen Ergebnisse eines Rechtsgutachtens zusammen.[1] Er ist der dritte in einer Serie von mehreren Beiträgen, welche weitere Fragen der grenzüberschreitenden Erbringung von Arbeiten der amtlichen Vermessung behandeln.[2]

Das bilaterale Personenfreizügigkeitsabkommen (FZA) von 1999[3] und die EFTA-Konvention von 1960/2001[4] regeln die Freizügigkeitsrechte von selbständig Erwerbstätigen (Niederlassungsfreiheit) und unselbständig Erwerbstätigen (Arbeitnehmerfreizügigkeit) sowie die Dienstleistungsfreiheit für Personen aus den EU-/EFTA-Mitgliedstaaten.
Für die Beantwortung der Frage, ob eine Geometerin oder ein Geometer aus unseren Nachbarstaaten ein Recht hat, in der Schweiz Arbeiten der amtlichen Vermessung auszuführen, stehen die beiden folgenden Themenkomplexe im Vordergrund.

Ausübung hoheitlicher Befugnisse

Die Vertragsparteien können das Recht auf Erwerbstätigkeit bzw. auf grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung beschränken, sofern es sich um Tätigkeiten handelt, welche eine Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung betreffen (Art. 10 Anhang I FZA) bzw. die Ausübung hoheitlicher Befugnisse umfassen (Art. 16 und 22 Anhang I FZA). Das schweizerische Bundesgericht hat sich noch nicht zur Auslegung dieser Ausnahmebestimmungen geäussert. Demgegenüber hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) diverse Male die Parallelbestimmungen im EU-Recht ausgelegt. Die Praxis des EuGH dient als wegweisende Richtschnur auch für die Auslegung der Ausnahmebestimmungen im FZA. Sie präsentiert sich auffällig restriktiv und eng. Die Ausnahmen sind auf Tätigkeiten beschränkt, die eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen. Tätigkeiten, bei denen der Stelleninhaber befugt ist, hoheitliche Gewalt auszuüben, indem er einseitig verbindliche Anordnungen trifft (Subordinationsverhältnis), fallen grundsätzlich in den Anwendungsbereich der Ausnahmebestimmungen. Die Tatsache, dass eine fragliche Tätigkeit (auch) die Verfolgung eines im Allgemeininteresse liegenden Ziels bezweckt, genügt für sich allein nicht. Der Begriff der Tätigkeit deckt sich nicht mit demjenigen des Berufs; er ist enger.

Anerkennung von Berufsqualifikationen

Sofern eine Tätigkeit nicht als hoheitlich gilt, hängt die Zulassung zu ihrer Ausübung entscheidend von der Anerkennung der Berufsqualifikationen ab. Massgeblich dafür sind Anhang I FZA und die Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, welche der Gemischte Ausschuss Schweiz – EU im Herbst 2011 formell (wenn vorderhand auch nur provisorisch) in das Abkommen übernommen hat.[5]
Die Richtlinie 2005/36/EG ist einschlägig, wenn eine Geometerin oder ein Geometer aus einem EU-/EFTA-Mitgliedstaat in der Schweiz eine entsprechende Tätigkeit ausüben möchte. Dabei sind die folgenden Konstellationen zu unterscheiden:

– *Dienstleistungsfreiheit:* Personen aus einem Nachbarstaat können ihre Dienstleistung grundsätzlich direkt und frei erbringen, ohne ihre beruflichen Qualifikationen anerkennen lassen zu müssen. Voraussetzung dafür ist, dass der Dienstleister zur Ausübung desselben Berufs im Herkunftsstaat qualifiziert ist und dort niedergelassen ist. Im Fall reglementierter Berufe, welche die öffentliche Gesundheit oder Sicherheit schwerwiegend beeinträchtigen können, kann die Schweiz die Berufsqualifikationen des Dienstleisters vor der erstmaligen Erbringung nachprüfen. Dazu gehört auch der Schutz dinglicher Rechte im Bereich des Immobiliarsachenrechts. Stellt sich bei einer dergestalt zulässigen Nachprüfung heraus, dass zwischen der beruflichen Qualifikation des Dienstleisters und der in der Schweiz geforderten Ausbildung ein wesentlicher Unterschied besteht, welcher so gross ist, dass die öffentliche Gesundheit oder Sicherheit gefährdet ist, kann die Schweiz vom Dienstleister den Nachweis verlangen, dass er die fehlenden Kenntnisse und Fähigkeiten erworben hat (Eignungsprüfung).
– *Niederlassungsfreiheit:* Im Fall der permanenten Wohnsitznahme und Ausübung einer selbständigen Berufstätigkeit ist die Schweiz berechtigt, die Ausbildung und Berufserfahrung eines Antragstellers aus einem Nachbarstaat mit den Anforderungen an die Berufsausübung in der Schweiz zu vergleichen und sodann die Anerkennung zu gewähren oder bei wesentlichen Unterschieden Ausgleichsmassnahmen zu verlangen (Anpassungslehrgang oder Eignungsprüfung).

In beiden Fällen können die Behörden Kenntnisse der Landessprache verlangen.

[1] Daniel Kettiger/Matthias Oesch: Die Auswirkungen des internationalen Rechts auf die amtliche Vermessung in der Schweiz, Rechtsgutachten vom 31. August 2012 (Version 4.0) zu Handen des Bundesamtes für Landestopografie (Veröffentlichung in Vorbereitung).

[2] Vgl. die Beiträge in «cadastre» Nr. 10, S. 10 f. und Nr. 11, S. 29 ff.

[3] Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA), SR 0.142.112.681.

[4] Übereinkommen vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation, SR 0.632.31.

[5] Der Bundesrat unterbreitete im Frühling 2012 dem Parlament die Botschaft zur (definitiven) Übernahme der Richtlinie 2005/36/EG (BBl 2012 4401).

© freshidea

Fazit

- **Den Behörden vorbehaltene Arbeiten**
  Die folgenden Arbeiten der amtlichen Vermessung gelten als hoheitlich und sind auf Grund ausdrücklicher Vorschriften oder inhärent den zuständigen Behörden vorbehalten:
  – Verifikation des Vermessungswerks: Zuständigkeit der kantonalen Vermessungsaufsicht (Art. 26 Abs. 1 VAV);[6]
  – Vorprüfung des Vermessungswerks: Zuständigkeit der Eidgenössischen Vermessungsdirektion (Art. 27 Abs. 1 VAV);
  – Öffentliche Auflage des Vermessungswerks: bundesrechtlich nicht geregelt, aber klarerweise als Verwaltungsaufgabe zu qualifizieren;
  – Genehmigung des Vermessungswerks: Zuständigkeit einer «Behörde» (Art. 29 Abs. 1 VAV).

  In diesen Fällen stellt sich die Frage der Ausführung der Arbeiten durch Selbständigerwerbende zum Vornherein nicht.

- **Unselbständige Berufsausübung**
  Wenn die Arbeiten der amtlichen Vermessung durch das Personal der öffentlichen Verwaltung oder durch Wahlbeamte ausgeführt werden, dürfen folgende Funktionen bzw. Arbeiten der amtlichen Vermessung ausschliesslich Schweizerinnen und Schweizern vorbehalten werden: Oberaufsicht über die amtliche Vermessung; Vermessungsaufsicht; Leitung einer kantonalen oder kommunalen Dienststelle der amtlichen Vermessung im Sinne von Artikel 44 Absatz 2 Buchstabe a VAV.
  Darüber hinausgehend sind Personen aus dem EU-/EFTA-Raum für Stellen in der öffentlichen Verwaltung, die sich mit der amtlichen Vermessung befassen, zuzulassen. Dies gilt auch für Angestellte der Dienststellen der amtlichen Vermessung (im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Bst. a VAV), soweit es nicht um die Funktion der Leiterin bzw. des Leiters geht.

- **Selbständige Berufsausübung**
  Personen mit entsprechenden beruflichen Ausbildungen im Bereich der amtlichen Vermessung sind unter Vorbehalt von Ausgleichsmassnahmen in das Geometerregister einzutragen, wenn sie sich beruflich in der Schweiz niederlassen. Als Ausgleichsmassnahmen stehen die folgenden im Vordergrund:
  – Anerkennungsverfahren (Art. 5 GeomV[7]) und bei Nichtgenügen der Vorbildung Prüfung im Sinne von Artikel 6 GeomV in den folgenden Fächern: Vermessung der Schweiz (Art. 4 Abs. 1 Bst. d GeomV) und schweizerisches Recht (Art. 4 Abs. 1 Bst. f GeomV);
  – Anerkennungsverfahren (Art. 5 GeomV) bezüglich der zweiten Landessprache und bei Nichtgenügen der Vorbildung Wahl zwischen einer durch die Geometerkommission bzw. in ihrem Auftrag durchgeführten Eignungsprüfung (Art. 6 GeomV) und dem Beibringen eines anerkannten Sprachenzertifikats.

  Personen mit entsprechenden beruflichen Ausbildungen im Bereich der amtlichen Vermessung sind unter Vorbehalt von Ausgleichsmassnahmen berechtigt, bis zu 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr von ihrem ausländischen Geschäftssitz aus Arbeiten der amtlichen Vermessung in der Schweiz auszuführen. In jedem Fall sind zusätzlich die folgenden Massnahmen notwendig (vor der ersten Aufnahme der Arbeiten):
  – Anmeldung unter Vorlage der im schweizerischen Recht noch zu regelnden Dokumente;
  – Anerkennungsverfahren (Art. 5 GeomV) und bei Nichtgenügen der Vorbildung Prüfung im Sinne von Artikel 6 GeomV in den folgenden Fächern: Vermessung der Schweiz (Art. 4 Abs. 1 Bst. d GeomV) und schweizerisches Recht (Art. 4 Abs. 1 Bst. f GeomV).

  Die Arbeiten der Ersterhebung, Erneuerung, provisorischen Numerisierung sowie periodischen Nachführung, die vom Recht nicht ausdrücklich den Behörden bzw. der öffentlichen Verwaltung vorbehalten sind, weisen keinen hoheitlichen Charakter auf[8]; alleine auf Grund der Nationalität können Personen aus dem EU-/EFTA-Raum nicht von der Ausführung dieser Arbeiten der amtlichen Vermessung ausgeschlossen werden. Nur zwei Tätigkeiten bei der laufenden Nachführung sind hoheitlich und können Ausländerinnen und Ausländern vorenthalten werden, nämlich der Entscheid über bestrittenen Zugang und Gebührenverfügungen.

Daniel Kettiger
Rechtsanwalt, Mag. rer. publ., Bern
info@kettiger.ch

Matthias Oesch
Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt
Rechtswissenschaftliches Institut, Universität Zürich
matthias.oesch@rwi.uzh.ch

[6] Verordnung vom 18. November 1992 über die amtliche Vermessung (VAV), SR 211.432.2.

[7] Verordnung vom 21. Mai 2008 über die Ingenieur-Geometerinnen und Ingenieur-Geometer (Geometerverordnung, GeomV), SR 211.432.261.

[8] Siehe dazu den Beitrag von D. Kettiger/M. Oesch in «cadastre» Nr. 10, S. 10.