

Hoheitliches Handeln in der amtlichen Vermessung

■ **Ob eine Handlung hoheitlich erfolgt oder nicht, spielt im schweizerischen Binnenmarktrecht und bezüglich der Tätigkeit von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz eine Rolle. Nachfolgend wird auf der Grundlage eines neueren Rechtsgutachtens¹ aufgezeigt, dass – entgegen der verbreiteten Auffassung – nur wenige Tätigkeiten in der amtlichen Vermessung hoheitlichen Charakter haben. Dies ist der erste von mehreren Beiträgen, welche diverse Fragen des internationalen Rechts betreffend die amtliche Vermessung abhandeln.²**

Grundsätzliches zur hoheitlichen Tätigkeit

Hinsichtlich der Personen- und Dienstleistungsfreizügigkeit mit der Europäischen Union (EU) stellt sich die Frage, ob wegen der Ausübung hoheitlicher Befugnisse das Freizügigkeitsrecht für erwerbstätige Personen aus dem Ausland eingeschränkt werden kann³. Auch in der Schweiz spielt die Unterscheidung zwischen hoheitlichen und nicht-hoheitlichen Tätigkeiten eine Rolle, dies wegen der Frage der Anwendbarkeit des Binnenmarktgesetzes (BGBM)⁴.

Die Erfüllung von öffentlichen Aufgaben erfolgt nicht durchwegs hoheitlich, auch wenn sie durch die öffentliche Verwaltung i. e. S., d. h. durch Organe und Angestellte des Staates wahrgenommen wird. Die schweizerische Rechtslehre kennt keinen einheitlichen und gefestigten Begriff des hoheitlichen Handelns. Zur Unterscheidung zwischen hoheitlicher und nicht-hoheitlicher Verwaltungstätigkeit greifen die Lehre und Rechtsprechung auf die folgenden zwei Kriterien zurück: Hoheitlich handelt der Staat erstens in der Regel dann, wenn *öffentlich-rechtliche Regelungen* zur Anwendung gelangen, während das Privatrecht vom Grundsatz der Privatautonomie geprägt ist. Ein zweites Merkmal für hoheitliches Handeln stellt das Vorliegen eines *Subordinationsverhältnisses zwischen dem Staat und den Adressatinnen und Adressaten des staatlichen Handelns* dar. Beide Elemente sind u. a. dort erfüllt, wo der Staat durch Verfügung handelt, also durch eine sich auf öffentliches Recht stützende einseitige rechtsverbindliche Anordnung. Wie im Corporate-Governance-Bericht des Bundesrats ausgeführt wird, werden in der Regel auch die Politikvorbereitung (z. B. die Gesetzesvorbereitung) und die Aussenpolitik als originär hoheitliche Aufgaben betrachtet.⁵ Von einer anderen Betrachtungsweise, nämlich von der Sichtweise der betroffenen Rechtsunterworfenen, geht die *Unterscheidung zwischen Eingriffs- und Leistungsverwaltung* aus: Von *Eingriffsverwaltung* wird dann gesprochen, wenn die Verwaltungstätigkeit in Rechte und Freiheiten der Adressatinnen und Adressaten des staatlichen Handelns eingreift und diese beschränkt, von *Leistungsverwaltung* dann, wenn die Verwaltung den Adressatinnen und Adressaten des staatlichen Handelns Vorteile gewährt, insbesondere durch die Vermittlung von Sach-, Geld- oder Dienstleistungen.

Wiederum aus einer etwas anderen, wohl pragmatischeren Sichtweise wird der Begriff des hoheitlichen Handelns im Zusammenhang mit dem BGBM betrachtet. Vom Geltungsbereich des Gesetzes sollen nur noch die «klassischen» hoheitlichen Tätigkeiten ausgeschlossen sein. Dazu gehören insbesondere die Kontroll-, Überwachungs- und Interventionsaufgaben, die sich aus dem öffentlichen Verwaltungsrecht ergeben. Repräsentative Beispiele für Bereiche solcher «klassischer» hoheitlicher Tätigkeiten sind die Polizei (Sicherheits- und Kriminalpolizei sowie Teile der Verkehrspolizei), die Bau-, Gesundheits- und Lebensmittelpolizei, das Umweltrecht, das ganze Abgaberecht sowie die Strafverfolgung und der Strafvollzug. Massgebliches Kriterium für die Hoheitlichkeit der Tätigkeit ist also unter dem BGBM allein das Subordinationsverhältnis zwischen dem Staat und den Adressatinnen und Adressaten des staatlichen Handelns. Dieses Element ist insbesondere dort erfüllt, wo der Staat durch Verfügung oder unmittelbar durch staatlichen Zwang (Polizeigewalt) handelt. Nicht unter den Begriff des hoheitlichen Handelns im Sinne des BGBM fallen Tätigkeiten, die auch auf dem freien Markt angeboten werden könnten. In ähnlicher, ebenso eingeschränkter Weise wird der Begriff der Hoheitlichkeit im Rahmen der Personen- und Dienstleistungsfreizügigkeit ausgelegt.⁶ Der Europäische Gerichtshof (EuGH), dessen Rechtsprechung hier sinngemäss beigezogen werden muss, hielt zudem fest, dass nur diejenigen Tätigkeiten eines Berufs Inländerinnen und Inländern vorbehalten werden dürfen, welche eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen, nicht aber die gesamte Berufsausübung schlechthin. Zu beurteilen ist somit *nicht ein Beruf als solcher, sondern dessen einzelne Tätigkeiten*. Nach Auffassung des EuGH stellt etwa die notarielle Tätigkeit, d. h. die öffentliche Beurkundung, kein hoheitliches Handeln dar.

Ersterhebung, Erneuerung, provisorische Numerisierung sowie periodische Nachführung

Bei der Ersterhebung, Erneuerung, provisorischen Numerisierung sowie periodischen Nachführung haben lediglich die folgenden Tätigkeiten hoheitlichen Cha-

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 Händen des Bundesamtes für Landestopografie.

² Weitere Beiträge folgen in «cadastre» Nrn. 11 und 12

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

⁴ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM), SR 943.02

⁵ Vgl. Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8233, S. 8253

⁶ Vgl. Kettiger/Oesch (Fn. 1), S. 27 ff.



Foto: KEYSTONE

rakter: Vorprüfung, öffentliche Auflage und Genehmigung des Vermessungswerks. Diese Aufgaben sind abschliessend Behörden vorbehalten. Die Vorprüfung des Vermessungswerks erfolgt durch die Eidgenössische Vermessungsdirektion (Art. 27 Abs.1 VAV⁷). Die öffentliche Auflage des Vermessungswerks, einschliesslich des Einspracheverfahrens (förmliches Verwaltungsverfahren mit Einspracheentscheid) ist einer Verwaltungsbehörde vorbehalten. Gleiches gilt für die Genehmigung (Art. 29 Abs.1 VAV). Bei den übrigen Arbeiten der Ersterhebung, Erneuerung, provisorischen Numerisierung sowie periodischen Nachführung, welche im Rahmen eines Auftrags (Operat) auch durch Private erledigt werden können, handelt es sich nicht um hoheitliche Aufgaben. Für diese Tätigkeiten ist somit die Einschränkung der Freizügigkeitsrechte für erwerbstätige Personen aus dem Ausland wegen der Ausübung hoheitlicher Befugnisse nicht zulässig.

Laufende Nachführung

Die Arbeitsteilung zwischen Privaten und der öffentlichen Verwaltung im Bereich der Nachführung und Verwaltung der amtlichen Vermessung wird weitestgehend durch kantonales Recht bestimmt. Insofern kennt die Schweiz eine grosse Zahl von *verschiedenen Modellen*. Grundsätzlich können aber zwei Grundmodelle unterschieden werden, beide je mit einer hauptsächlichen Untervariante:

- a. Laufende Nachführung und Verwaltung der Daten in einer Hand:
Eine einzige Stelle besorgt die laufende Nachführung und die Verwaltung der amtlichen Vermessung. Diese Stelle kann entweder eine Organisationseinheit der öffentlichen Verwaltung oder ein beauftragtes privates Unternehmen sein.
- b. Trennung von laufender Nachführung i.e.S. und Verwaltung der Daten:
Die Arbeiten der laufenden Nachführung können von jeder im Geometerregister eingetragenen Person ausgeführt werden. Die Verwaltung der Daten besorgt demgegenüber entweder eine Organisationseinheit der öffentlichen Verwaltung oder ein beauftragtes privates Unternehmen.

Wieso ein Rechtsgutachten?

Das Bundesamt für Landestopografie hat ein Rechtsgutachten in Auftrag gegeben, um die Auswirkungen des internationalen Rechts auf die amtliche Vermessung einer vertieften Analyse zu unterziehen. Die Expertise bildet eine gute Grundlage für die AV-Fachleute, um die verschiedenen Fragen im Bezug auf das internationale Recht zu studieren und – wo nötig – Massnahmen zu ergreifen.

Mit dem Rechtsgutachten wollen wir eine breite Diskussion starten. Nutzen Sie dafür den «Briefkasten» auf www.cadastre.ch/mail.

Eidgenössische Vermessungsdirektion

Bei der laufenden Nachführung sind nur die folgenden zwei Tätigkeiten als hoheitlich zu qualifizieren: Wenn die Nachführungsgeometerin bzw. der Nachführungsgeometer selber über den bestrittenen *Zugang zu den Daten der amtlichen Vermessung* befinden darf, besitzt sie bzw. er Verfügungsgewalt, denn in den meisten Kantonen, in denen nicht die Administration die Verwaltung der Daten besorgt, ist auch das Verhältnis zwischen den privaten Nachführungsgeometerinnen und -geometern und den privaten Datenbezügerinnen und -bezügern ein öffentlich-rechtliches und subordinationsrechtliches und kein vertragliches. Gleiches gilt dann, wenn die Nachführungsgeometerin bzw. der Nachführungsgeometer nicht nur Rechnung stellt, sondern die (öffentlich-rechtlichen) *Gebühren verbindlich durch Verfügung festsetzen* kann. Liegt eine dieser beiden hoheitlichen Tätigkeiten vor, so darf im betreffenden Kanton die Funktion der Nachführungsgeometerin bzw. des Nachführungsgeometers insgesamt als hoheitlich betrachtet werden, dies wegen der rechtlichen und faktischen Untrennbarkeit der hoheitlichen Tätigkeiten von den übrigen Nachführungsarbeiten.

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

Matthias Oesch
PD Dr. iur., LL. M., Assistenzprofessor, Rechtsanwalt
Institut für Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht, Universität Bern, Bern
matthias.oesch@iew.unibe.ch

⁷ Verordnung vom 18. November 1992 über die amtliche Vermessung (VAV), SR 211.432.2.