

# CH\_VB 150000239 vom 3. August 2011

Bundesverwaltung, 2011-08-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch\\_vb\\_150000239](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_150000239)

FR: CH\_VB 150000239 du 3 août 2011

IT: CH\_VB 150000239 del 3 agosto 2011

## Erwägungen

### E. 1

Einleitung

..... 12

### E. 2

Altersgrenzen in der Berufs- und Amtsausübung

..... 12

#### E. 2.1

Grundsätzliches

##### E. 2.1.1

Abgrenzung Die Begrenzung der wirtschaftlichen Tätigkeit auf Grund des Alters ist geeignet, in die grundrechtlichen Positionen der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV<sup>4</sup>) und der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) einzugreifen. Nun sind sowohl im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, als auch im öffentlichen Dienstrecht<sup>5</sup> Altersgrenzen für die Anstellung (im Sinne des Pensionierungsalters und in der Form der gesetzlichen oder vertraglichen Beendigung des Anstellungsverhältnisses beim Erreichen eines bestimmten Alters) bekannt und grundsätzlich auch unbestritten. Auf die Untersuchung der Verfassungsmässigkeit der Altersgrenzen im Anstellungsverhältnis wird vorliegend verzichtet. Die Untersuchung beschränkt sich auf die Betrachtung von Altersgrenzen in reglementierten Berufen und betrifft damit insbesondere die selbstständige Berufsausübung in den so genannten freien Berufen. Eine gesetzliche Altersgrenze für die Berufszulassung in der Schweiz kann allenfalls im Widerspruch zu den sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union (EU) stehen. Die Klärung dieser Frage sprengt den Rahmen des Gutachterauftrags und ist deshalb nicht Gegenstand der vorliegenden Abklärungen.<sup>6</sup>

##### E. 2.1.2

Diskussion zu Altersgrenzen in der Schweiz Die Diskussion über Altersgrenzen betraf in der Schweiz bisher primär die Frage der Altersgrenzen für öffentliche Ämter.<sup>7</sup> Ausgelöst wurde diese Diskussion seinerzeit durch die Gemeindeversammlung der bernischen Einwohnergemeinde Madiswil, welche Mitte 2002 beschloss, für alle öffentlichen Ämter eine generelle Altersgrenze von 70 Jahren einzuführen.<sup>8</sup> Bereits zuvor wurde etwa auf Bundesebene

1 Bundesgesetz vom 5. Oktober 2007 über Geoinformation (Geoinformationsgesetz, GeoIG), SR 510.62. 2 Verordnung vom 18. November 1992 über die amtliche Vermessung (VAV), SR 211.432.2. 3 Verordnung vom 21. Mai 2008 über die Ingenieur-Geometerinnen und Ingenieur-Geometer (Geometerverordnung, GeomV), SR 211.432.261. 4 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101. 5

Vgl. beispielsweise Art. 10 Abs. 2 Bst. a Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG), SR 172.220.1.

### **E. 2.2**

Vereinbarkeit mit dem Diskriminierungsverbot Gesetzliche Altersgrenzen führen dazu, dass Menschen alleine auf Grund ihres Alters (d.h. des Merkmals Alter) ungleich behandelt werden.<sup>14</sup> Die Verfassungsmässigkeit von Altersschränken beurteilt sich somit hauptsächlich auf der Grundlage des Diskriminierungsverbots von Art. 8 Abs. 2 BV. Art. 8 Abs. 2 BV verbietet ausdrücklich die Diskriminierung auf Grund des Alters. Das Merkmal des Alters wurde erst während der parlamentarischen Beratungen in die BV aufgenommen.<sup>15</sup> Der Diskriminierungsschutz der Bundesverfassung geht diesbezüglich teilweise über den Schutz des Völkerrechts hinaus.<sup>16</sup> Das Diskriminierungsverbot soll einerseits den Mitgliedern bestimmter gesellschaftlicher Gruppen (hier ältere Menschen) unmittelbar Schutz vor Ausgrenzung und Herabwürdigung gewährleisten und andererseits – in einer längerfristigen Perspektive – verhindern, dass sich gesellschaftliches Denken mit stereotypen Rollenzuteilungen entwickelt, das sich zum Nachteil, dieser Gruppen in rechtlichen Regelungen niederschlägt.<sup>17</sup> Der Schutz von Art. 8 Abs. 2 BV beschränkt sich nicht auf das Verbot einer diskriminierenden Behandlung wegen der Gruppenzugehörigkeit im Einzelfall, sondern begründet die Vermutung, dass die Anknüpfung an das Merkmal verbotener Diskriminierung und die damit verbundene Sonderbehandlung auf Grund der Gruppenzugehörigkeit – hier des Alters – allgemein unzulässig ist.<sup>18</sup> Die Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal ist nicht absolut unzulässig. Die Vermutung der Diskriminierung kann widerlegt und damit eine Sonderbehandlung auf der Grundlage eines Merkmals gerechtfertigt werden.<sup>19</sup> Dem Gemeinwesen obliegt in diesem Falle aber eine qualifizierte Begründungspflicht<sup>20</sup>; sachliche und vernünftige Gründe für den Grundrechtseingriff genügen nicht, es sind «triftige und ernsthafte Gründe»<sup>21</sup> notwendig: Es muss nachgewiesen werden, dass die Sonderbehandlung (kumulativ) «ein überwiegendes Interesse des Gemeinwohls verfolgt und dafür geeignet und erforderlich ist, und dass die im konkreten Fall durch Sonderbehandlung verfolgten Interessen die entgegenstehenden Interessen der Betroffenen an gleicher Behandlung überwiegen»<sup>22</sup>. Besonders strenge Anforderungen gelten bei Merkmalen, die in der Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) als «suspect category» bezeichnet werden (z.B. Geschlecht, Herkunft, uneheliche Geburt, sexuelle Orientierung, Religion).<sup>23</sup> Das Alter als Merkmal gehört nicht dazu.<sup>24</sup> Das Verbot der

### **E. 2.3**

Vereinbarkeit mit der Wirtschaftsfreiheit Die in Art. 27 BV verankerte Wirtschaftsfreiheit enthält als Teilgehalte insbesondere die Berufszugangsfreiheit, d.h. den Schutz gegen staatliche Massnahmen, die den Marktzutritt verhindern, und die Berufsausübungsfreiheit, d.h. den Schutz jeder «gewerbsmässig ausgeübten, privatwirtschaftlichen Tätigkeit, die der Erzielung eines Gewinns dient»<sup>40</sup>.<sup>41</sup> Wer eine staatliche Tätigkeit oder ein öffentliches Amt ausübt, kann sich nicht auf die Wirtschaftsfreiheit berufen; dies wurde in der Rechtsprechung u.a. am Beispiel von Anwältinnen und Anwälten als Officialverteidiger oder bezüglich der Notarinnen und Notare bei der öffentlichen Beurkundung festgehalten.<sup>42</sup> Die Wirtschaftsfreiheit darf nach den allgemeinen, in Art. 36 BV umschriebenen Regeln für Grundrechtseingriffe eingeschränkt werden.<sup>43</sup> Insbesondere zulässig sind Einschränkungen zum Polizeigüterschutz<sup>44</sup>; solche finden sich denn auch zahlreich im Hinblick auf den Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten bzw. auf den

Schutz des Rechtsverkehrs. Darüber hinaus müssen Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit grundsatzkonform sein, d.h. sie müssen «mit dem ordnungspolitischen Grundsatzentscheid der BV für eine wettbewerbsgesteuerte Privatwirtschaft (...) im Einklang stehen»<sup>45</sup>. Eine Altersgrenze für die Berufsausübung bzw. für die Ausübung bestimmter Funktionen im Berufsfeld stellt klarerweise einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar. Mithin ist auch im Lichte der Wirtschaftsfreiheit zu prüfen, ob Altersgrenzen verfassungskonform sind.

## **E. 2.4**

Zwischenergebnis: Voraussetzungen und Rahmenbedingungen von Altersgrenzen Die Frage der Zulässigkeit von Altersgrenzen bezüglich der Ausübung eines Berufs oder bestimmter Funktionen im Berufsfeld bemisst sich sowohl hinsichtlich des Diskriminierungsverbots (Art. 8 Abs. 2 BV) wie der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) grundsätzlich an den Kriterien für Grundrechtseingriffe von Art. 36 BV. Das Prüfschema ist hinsichtlich beider Grundrechte weitestgehend deckungsgleich. Zusätzlich wird für Altersgrenzen bei der Berufsausübung vorausgesetzt, dass diese (kumulativ) – qualifiziert begründet und gerechtfertigt werden können; – weder bestehende Stigmatisierungen der älteren Menschen fördern noch neue Stigmatisierungen hervorrufen;

## **E. 3**

Geltendes Berufsrecht in der amtlichen Vermessung  
..... 16

## **E. 4**

Rechtsvergleichende Betrachtungen  
..... 17

### **E. 4.1**

Vergleich mit anderen Berufsgruppen

#### **E. 4.1.1**

Anwältinnen/Anwälte Für Anwältinnen und Anwälte besteht in der Schweiz keine Altersgrenze. Dies ist hinsichtlich der Frage einer Altersgrenze in der amtlichen Vermessung deshalb von Bedeutung, weil sich das System der Berufszulassung mittels eines Registereintrags primär an dem für die Anwältinnen und Anwälte geltenden Recht orientiert.<sup>52</sup>

#### **E. 4.1.2**

Ärztinnen/Ärzte Für Ärztinnen und Ärzte gilt in der Schweiz ebenfalls keine Altersgrenze. In seiner Botschaft zur Totalrevision des Krankenversicherungsgesetzes (KVG) schlug der Bundesrat eine Regelung vor, nach welcher der Kontrahierungszwang der Versicherer mit den Leistungserbringern im ambulanten Bereich, welche über 65 Jahre alt sind, aufgehoben werden sollte.<sup>53</sup> Es ging somit nicht um eine generelle Altersgrenze für die ärztliche Tätigkeit, sondern nur um eine Altersgrenze für die Kassenleistung. Der Bundesrat begründete seinen Antrag mit den im Alter abnehmenden intellektuellen und geistigen Fähigkeiten und mit dem Rückstand in der Anpassung an neue wissenschaftliche Erkenntnisse und Techniken.<sup>54</sup> Die Gesetzesänderung wurde so nicht umgesetzt. In der Lehre wird die Auffassung vertreten, die vom Bundesrat beantragte, vom Parlament aber verworfene Regelung sei im Lichte von Art. 8 Abs. 2 BV verfassungskonform.<sup>55</sup> In Deutschland

bestanden verschiedene Regelungen mit Altersschränken für Ärztinnen und Ärzte. 1992 wurde eine Höchstaltersgrenze von 68 Jahren für Vertragsärzte der Krankenkassen eingeführt.<sup>56</sup>

51 Vgl. Botschaft GeoIG, BBl 2006 7817, S. 7873. 52 Vgl. Botschaft GeoIG, BBl 2006 7817, S. 7873: «Eine Anlehnung an die Regelung bei den Anwältinnen und Anwälten drängt sich sachlich auf, da bei beiden Berufsgruppen Private mit der Ausführung hoheitlicher, rechtlich relevanter Tätigkeiten betraut werden.»; Erläuternder Bericht Verordnungsrecht zum Geoinformationsgesetz (GeoIG) vom 30. November 2006 (Stand Mai 2008), S. 55. 53 Vgl. WALDMANN (Fn. 11), S. 479 f. 54 Vgl. Botschaft betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 18. September 2001, BBl 2001 741, S. 782. 55 Vgl. WALDMANN (Fn. 11), S. 480. 56 Gesetz zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenversicherung vom 21. Dezember 1992 (GSG 1993), welche seit dem 14. November 2003 in § 95 Abs. 7, Satz 3 des Fünften Buchs des Sozialgesetzbuchs (SGB V) zu finden war.

Gutachten

Daniel Kettiger

VPB/JAAC/GAAC 2011, Ausgabe vom 3. August 2011 18

Diese Regelung wurde im Jahr 2009 wieder aufgehoben.<sup>57</sup> Weiter wurde 1988 eine Altersgrenze von 55 Jahren dahingehend eingeführt, dass Ärztinnen und Ärzte ab diesem Alter grundsätzlich nicht mehr neu zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen wurden.<sup>58</sup> Die letztgenannte Altersgrenze wurde vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG) als mit dem Grundgesetz vereinbar erachtet.<sup>59</sup> Mit der inzwischen aufgehobenen Höchstaltersgrenze von 68 Jahren (§ 95 Abs. 7, Satz 3 SGB V) befasste sich das BVerfG ebenfalls und befand sie ebenfalls als grundgesetzkonform.<sup>60</sup> Der Europäische Gerichtshof (EuGH) befand demgegenüber diese Altersgrenze als eine mit dem EU-Recht unvereinbare Diskriminierung wegen des Alters. Er begründete dies u.a. mit der lückenhaften und inkonsistenten Begründung des Höchstalters durch den deutschen Gesetzgeber. Dem Diskriminierungsverbot steht insbesondere entgegen, dass die Altersgrenze, die das einzige Ziel habe, die Gesundheit der Patientinnen und Patienten vor dem Nachlassen der Leistungsfähigkeit von Vertragsärztinnen und -ärzten, die dieses Alter überschritten haben, zu schützen, nur für Vertragsärztinnen und -ärzte der Kassen nicht aber generell für alle ärztlichen Tätigkeiten gelte.<sup>61</sup>

#### **E. 4.1.3**

**Notarinnen/Notare** Die Organisation der öffentlichen Beurkundung ist Sache der Kantone; dementsprechend ist das Notariatssystem in den Schweizer Kantonen sehr unterschiedlich ausgestaltet. Die Kantone Genf, Waadt, Wallis, Freiburg, Neuenburg, Jura, Bern, Aargau, Basel-Stadt, Uri und Tessin kennen das lateinische Notariat, d.h. die freiberufliche, regulierte Tätigkeit der Notarinnen und Notare. Das reine Amtsnotariat kennen die Kantone Zürich, Thurgau und Appenzell-Ausserrhoden; die übrigen Kantone kennen gemischte Systeme, wobei in der Regel die Zuständigkeit nach Sachgebieten getrennt wird (Grundbuchgeschäfte sind dem Amtsnotariat vorbehalten) und nicht konkurrierend ist (Ausnahme: Kanton Graubünden).<sup>62</sup> Interessant sind vorliegend nur Altersgrenzen für das freie Berufsnotariat. Eine Übersicht über solche Altersgrenzen besteht nicht.<sup>63</sup> Nach den eigenen Nachforschungen des Verfassers kennen nur die Kantone Basel-Stadt (75 Jahre)<sup>64</sup> und Neuenburg (70 Jahre)<sup>65</sup> Altersgrenzen. Im Kanton Bern wurde eine vom

Regierungsrat beantragte Altersgrenze<sup>66</sup> von der vorberatenden Kommission<sup>67</sup> und in der Folge vom Grossen Rat klar abgelehnt. Das Bundesgericht hat sich sowohl mit der Altersgrenze im Kanton Neuenburg<sup>68</sup> wie mit der Altersgrenze im Kanton Basel-Stadt<sup>69</sup> befasst und beide als verfassungskonform erachtet. Das Bundesgericht erwog, die körperlichen und geistigen Fähigkeiten der Menschen nähmen im Alter ab, so dass für jede Notarin bzw. jeden Notar der Zeitpunkt komme, ab dem sie oder er gesundheitsbedingt nicht mehr Gewähr für eine tadellose Ausübung der übertragenen Funktion bieten könne.<sup>70</sup> Obwohl sich dieser Moment durch eine periodische Überprüfung des körperlichen und geistigen Gesundheitszustands individuell bestimmen liesse, erachtet das Bundesgericht die Einführung einer einheitlichen Altersgrenze für alle praktizierenden Notarinnen und Notare als zulässig.<sup>71</sup> Das Bundesgericht ging bei seinem Leitescheid bezüglich der Altersgrenzen für Notarinnen und Notare allerdings davon aus, dass es sich in den betreffenden Kantonen bei den Notarinnen und Notaren – anders als bei Anwältinnen und Anwälten oder Ärztinnen und Ärzten – nicht um die Ausübung eines freien, reglementierten Berufs handelt sondern um die Ausübung einer staatlichen Funkti-

57 <http://www.aerzteblatt.de/nachrichten/33325/> (Stand: 15.03.2011). 58 Gesetz zur Strukturreform im Gesundheitswesen (Gesundheits-Reformgesetz, GRG) vom 20. Dezember 1988 (BGBl. I S. 2477). 59 Vgl. BVerfGE 103, 172. 60 BVerfG, 07.08.2007 – 1 BvR 1941/07. 61 Urteil der Großen Kammer des Europäischen Gerichtshofs vom 12. Januar 2010 «Richtlinie 2000/78/EG – Art. 2 Abs. 5 und Art. 6 Abs. 1 – Verbot der Diskriminierung wegen des Alters – Nationale Bestimmung, die das Höchstalter für die Ausübung des Berufs eines Vertragszahnarztes auf 68 Jahre festlegt – Verfolgtes Ziel – Begriff «für den Gesundheitsschutz erforderliche Maßnahme» – Kohärenz – Geeignetheit und Angemessenheit der Maßnahme, ABl. 2010, C 179/4. 62 <http://www.schweizernotare.ch/index.cfm?oid=1222&lang=de> (Stand: 15.03.2011). 63 Übereinstimmende Auskünfte des Schweizerischen Notarenverbands und des Instituts für Notariatsrecht der Universität Bern. 64 § 8 Abs. 1 des Notariatsgesetzes des Kantons Basel-Stadt vom 18. Januar 2006 (292.100), vom Eidg. Justiz- und Polizeidepartement am 11. Mai 2006 genehmigt. 65 Art. 62 Loi sur le notariat (LN) du 26 août 1996. 66 Vgl. Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat betreffend das Notariatsgesetz (NG), Tagblatt des Grossen Rates 2005, Beilage 30, S. 8. 67 Vgl. Medienmitteilung vom 11. Juli 2005. 68 BGE 124 I 297. 69 BGE 133 I 259. 70 Vgl. BGE 124 I 297 E. 4c, S. 301; 133 I 259, E. 4.2. 71 Vgl. BGE 124 I 297 E. 4c, S. 301; 133 I 259, E. 4.2.

Gutachten

Daniel Kettiger

VPB/JAAC/GAAC 2011, Ausgabe vom 3. August 2011 19

on, die jener der Staatsangestellten gleichzustellen sei.<sup>72</sup> Insofern ist unklar und wird allenfalls vertieft zu prüfen sein, ob und wie weit die Erwägungen des Bundesgerichts auf die Tätigkeit der im Geometrierregister eingetragenen Personen übertragen werden können.

## **E. 4.2**

Vergleich mit dem benachbarten Ausland

### **E. 4.2.1**

Deutschland Das Vermessungsrecht ist in Deutschland primär Ländersache.<sup>73</sup> Bis auf Bayern kennen alle Länder die Institution der Öffentlich bestellten Vermessungsingenieure

(ÖbVI).<sup>74</sup> Die Mehrzahl der Ländergesetzgebungen kennt ein Höchstalter von 60 Jahren für die ÖbVI.<sup>75</sup> Die Altersgrenze wird mit der Gewährleistung einer kontinuierlichen Amtsführung, mit der Verhinderung des Missbrauchs der staatlichen Altersvorsorge sowie mit der allgemeinen Lebenserfahrung, dass die berufliche Schaffenskraft und die persönliche Einsichtsfähigkeit zwischen dem 60. und 70. Lebensjahr abnehmen, begründet.<sup>76</sup> Die Verfassungsmässigkeit einer solchen Altersgrenze wird rechtsvergleichend mit der Rechtsprechung der Höchstgerichte betreffend vergleichbare Berufe begründet<sup>77</sup> – eine unmittelbare Entscheidung des BVerfG zur Frage besteht offenbar nicht.

#### **E. 4.2.2**

Österreich Auch Österreich kennt eine mit den im Geometerregister eingetragenen Personen vergleichbare berufliche Funktion in der amtlichen Vermessung. Die einzigen freiberuflich tätigen Vermessungsbefugten sind die Ingenieurkonsulenten für Vermessungswesen.<sup>78</sup> Deren Berufsrecht ist einerseits im Ziviltechnikergesetz (ZTG)<sup>79</sup> und andererseits im Ziviltechnikerkammergesetz (ZTKG)<sup>80</sup> geregelt. Ein Umkehrschluss aus § 29 Abs. 2 Ziff. 1 ZTKG zeigt auf, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass für die Ingenieurkonsulenten keine Altersgrenze besteht.

#### **E. 4.3**

Zwischenergebnis: Unterschiedliche Regelungen Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Altersgrenzen für die freiberufliche Ausübung reglementierter Berufe dem schweizerischen Rechtssystem eher fremd sind. Abgesehen von den Altersgrenzen für Notarinnen und Notare<sup>81</sup> in zwei Kantonen scheinen solche Altersgrenzen nur für die Kaminfegerinnen und Kaminfeger<sup>82</sup> zu bestehen. Es scheint, dass Altersgrenzen nur bei Beliebigkeiten, nicht aber bei freiberuflich tätigen Personen in reglementierten Berufen bestehen.<sup>83</sup> Die Lehre<sup>84</sup> und die Rechtsprechung<sup>85</sup> erachten verhältnismässig angesetzte generelle Altersgrenzen zur Sicherung der Qualität und zur Abwehr von Gefahren für die Klientschaft und die Sicherheit des Rechtsverkehrs grundsätzlich als zulässig. Zur Begründung wird die mit dem Alter abnehmende körperliche und geistige Leistungsfähigkeit angeführt. Im Rechtsvergleich mit vergleichbaren freien Berufen in Deutschland und Österreich zeigt sich eine unterschiedliche Kultur. In Deutschland besteht für die ÖbVI – wie für zahlreiche vergleichbare Berufe und beliebige Funktionen – eine Altersgrenze, die mit 60 Jahren doch recht tief angesetzt ist. Solche

<sup>72</sup> Vgl. BGE 124 I 297, E. 3b, S. 300 f. <sup>73</sup> Vgl. PETER CREUZER/WILHELM ZEDDIES, Gesellschaftlicher Auftrag, Zuständigkeiten, Organisation und Institutionen, in: Klaus Kummer/Josef Frankenberger (Hrsg.), das deutsche Vermessungs- und Geoinformationswesen 2010, Heidelberg 2010, S. 68; LISA KEDDO, der Öffentlich bestellte Vermessungsingenieur, Augsburg 2008, S. 34 f. <sup>74</sup> Vgl. CREUZER/ZEDDIES (Fn. 73), S. 72; KEDDO (Fn. 73), S. 32. <sup>75</sup> Vgl. Übersicht bei KEDDO (Fn. 73), S. 86, Anm. 168. <sup>76</sup> Vgl. KEDDO (Fn. 73), S. 86 f. <sup>77</sup> Vgl. Hinweise bei KEDDO (Fn. 73), S. 87. <sup>78</sup> Vgl. CHRISTOPH TWAROCH, Kommentar zum Vermessungsgesetz, Graz 2009, § 43, Rz. 1 und 6 f.; DERS., Kommentar zum Liegenschaftsteilungsgesetz, Graz 2009, § 1 Rz. 7 ff. <sup>79</sup> Bundesgesetz über Ziviltechniker (Ziviltechnikergesetz 1993, ZTG), BGBl. Nr. 156/1994 (verwendet wurde die konsolidierte Fassung per 16.03.2011). <sup>80</sup> Bundesgesetz über die Kammern der Architekten und Ingenieurkonsulenten (Ziviltechnikerkammergesetz 1993, ZTKG), BGBl. Nr. 157/1994 (verwendet wurde die konsolidierte Fassung per

29.07.2010). 81 Vgl. vorstehend Ziffer 4.1.3. 82 Vgl. WALDMANN (Fn. 11), S. 479, so in den Kantonen Bern, Freiburg, Glarus, Jura, Obwalden, Solothurn, Waadt und Wallis. 83 Der Verfasser schliesst dies aus den Beispielen bei WALDMANN (Fn. 11), S. 479 f. sowie aus eigenen Recherchen. 84 Vgl. WALDMANN (Fn. 11), S. 480; MÜLLER/SCHEFER (Fn. 15), S. 725. 85 Vgl. BGE 124 I 297, 133 I 259; die deutschen Höchstgerichte; nicht grundsätzlich gegen Altersgrenzen auch der EuGH, vgl. ABl. 2010, C 179/4, Ziff. 2.

Gutachten

Daniel Kettiger

VPB/JAAC/GAAC 2011, Ausgabe vom 3. August 2011 20

Altersgrenzen scheinen in Deutschland Tradition zu haben, ebenso deren Stützung durch die Höchstgerichte. Der Kultur der österreichischen freien Berufe, welche streng reglementiert und an ein Kammerwesen gebunden sind, scheinen demgegenüber Altersgrenzen fremd zu sein. 5 Mögliche Regelung de lege ferenda für die Schweiz Die Frage, ob für die Berufsausübung in der amtlichen Vermessung eine verfassungskonforme Altersgrenze eingeführt werden kann, muss auf dem Raster der Voraussetzungen für Altersgrenzen in der Berufsausübung<sup>86</sup> geprüft werden. Wie vorstehend dargestellt wurde, besteht an die amtliche Vermessung ein hoher bis sehr hoher Qualitätsanspruch.<sup>87</sup> Eine Altersgrenze im Sinne des Polizeigüterschutzes würde somit einen legitimen Zweck zur Ungleichbehandlung darstellen und Art. 8 Abs. 2 BV nicht grundsätzlich widersprechen. Die Gewährleistung der Sicherheit im Rechtsverkehr, insbesondere im Grundstückverkehr, stellt ein sehr wichtiges und gewichtiges öffentliches Interesse dar, und der Schutz der betroffenen Privaten in ihren Eigentumsrechten dient dem Grundrechtsschutz.<sup>88</sup> Die Erfordernisse von Art. 36 Abs. 2 BV für den Grundrechtseingriff sind somit gegeben. Eine generelle Altersgrenze scheint ab einem entsprechend gut begründeten Alter grundsätzlich dazu geeignet, eine Absicherung vor den durch die mit dem Alter abnehmenden körperlichen und geistigen Leistungsfähigkeit der Berufsausübenden ausgehenden Qualitätseinbussen zu bieten; dafür finden sich insbesondere auch Hinweise in der Rechtsprechung der Schweiz und Deutschlands.<sup>89</sup> Die Herausforderung beim Festlegen einer Altersgrenze wird somit sein, das notwendige Höchstalter zu bestimmen. Bei der amtlichen Vermessung gilt es diesbezüglich im Lichte von Art. 41 Abs. 1 GeoIG und Art. 44 Abs. 2 VAV zu berücksichtigen, dass die durch den Registereintrag berechnete Person die Arbeiten persönlich ausführen muss oder durch Hilfspersonal unter der unmittelbaren Aufsicht bzw. unter eigener Mitwirkung ausführen lassen muss. Dies erfordert eine genügende körperliche Leistungsfähigkeit für das Vornehmen von Feldarbeiten oder doch für deren Überwachung unmittelbar vorort (im Feld). Gleichzeitig erfordern der hohe Technisierungsgrad und die rasche technologische Entwicklung ein hohes Mass an geistigen Fähigkeiten, namentlich auch an Lernfähigkeit, da man sich bei den Arbeiten in der amtlichen Vermessung trotz der gesetzlichen Methodenfreiheit (Art. 8 Abs. 3 GeoIG) der Technologisierung faktisch kaum entziehen kann. Die Anforderungen an die «berufliche Fitness» sind somit bei der amtlichen Vermessung höher anzusetzen als beim Notariat oder im Kaminfelegewerbe, insgesamt wohl mindestens so hoch wie bei der chirurgischen Medizin. Hinsichtlich der Erforderlichkeit einer Altersgrenze gilt es Alternativen der Qualitätssicherung im Alter zu prüfen. Eine regelmässige individuelle Überprüfung des körperlichen und geistigen Gesundheitszustands, wie ihn das Bundesgericht als Alternative zu den Altersgrenzen im Notariat sieht,<sup>90</sup> fällt weg. Einerseits ist ein derartiger Gesundheitscheck kaum praktikabel und andererseits kann mit

einem blossen Gesundheitscheck die «berufliche Fitness» hinsichtlich der amtlichen Vermessung in wichtigen Bereichen (z.B. Stand der Weiterbildung) nicht beurteilt und damit auch nicht gewährleistet werden. Die einzige valable Alternative zu einer generellen Altersgrenze wäre eine verpflichtende, zur Erhaltung des Registereintrags notwendige periodische Weiterbildung (Weiterbildungspflicht). Die Umsetzung einer Weiterbildungspflicht würde aber bedingen, dass ein entsprechendes anerkanntes Weiterbildungsangebot besteht. Dies ist zurzeit nicht der Fall. Zudem wird mit der Weiterbildung der Aspekt der körperlichen Leistungsfähigkeit nicht berücksichtigt. Insgesamt erscheint somit eine Altersgrenze als erforderlich. Vor der Einführung einer Altersgrenze sollte aber die Alternative einer Weiterbildungspflicht (allenfalls in Kombination mit einem Gesundheitscheck) nochmals vertieft geprüft und auch mit den Fachverbänden diskutiert werden. Diese hätten voraussichtlich das Weiterbildungsangebot zu gewährleisten. Mithin stellt sich noch die Frage der Zumutbarkeit. Eine Altersgrenze für freischaffende Ingenieur-Geometerinnen und Ingenieur-Geometer erscheint insbesondere vor dem Hintergrund von Art. 44 Abs. 2 VAV als zumutbar. Für die gemäss Art. 44 Abs. 2 Bst. a VAV im Anstellungsverhältnis zu einem Kanton oder zu einer Gemeinde in der amtlichen Vermessung tätigen Personen besteht nämlich bereits heute eine Altersgrenze im Pensionierungsalter entsprechend dem anzuwendenden

86 Vgl. vorstehend Ziffer 2.4. 87 Vgl. vorstehend Ziffer 3. 88 CAROSIO/NEF (Fn. 49), S. 13. 89 In diesem Sinne auch BGE 124 I 297, E. 4c, S. 301. 90 Vgl. BGE 133 I 259, E. 4.2.

Gutachten

Daniel Kettiger

VPB/JAAC/GAAC 2011, Ausgabe vom 3. August 2011 21

öffentlichen Dienstrecht. Solange eine Altersgrenze für Freiberufliche nicht unter dem Pensionierungsalter liegt, erfolgt mit der Einführung der Altersgrenze im Grunde genommen nur eine Gleichstellung zwischen Freiberuflern und Angestellten in der amtlichen Vermessung. Da es für Freiberufler nicht immer einfach ist, Alterskapital anzuhäufen, ist es für diese allenfalls wirtschaftlich erforderlich, länger zu arbeiten als Angestellte.<sup>91</sup> Eine Altersgrenze bei 70 oder 75 Jahren ist aber auch unter diesem Aspekt zumutbar. Die zusätzlichen Voraussetzungen<sup>92</sup> für eine Altersgrenze sind ebenfalls gegeben. Eine Altersgrenze in der amtlichen Vermessung lässt sich – wie aufgezeigt – qualifiziert begründen. Eine neue oder zusätzliche Stigmatisierung älterer Menschen findet nicht statt, weil der allenfalls mit 70 oder 75 Jahren erzwungene Berufsausstieg sozialadäquat ist – die meisten Menschen sind in diesem Alter längst aus dem ordentlichen Erwerbsleben ausgeschieden. Letztlich sind Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit im Sinne des Polizeigüterschutzes immer grundsatzkonform.<sup>93</sup> Eine Altersgrenze für die Tätigkeit in der amtlichen Vermessung müsste auf Gesetzesstufe – am besten als Ergänzung von Art. 41 GeoIG – verankert werden.<sup>94</sup> 6 Handhabung des geltenden Rechts durch die Geometerkommission

## E. 5

Mögliche Regelung de lege ferenda für die Schweiz

..... 20

## E. 6

Es wird auf das vom Bundesamt für Landestopografie beim Verfasser und Prof. Dr. Matthias Oesch in Auftrag gegebene Gutachten zum Einfluss des EU-Rechts auf die amtliche Vermessung verwiesen.

## **E. 6.1**

Eintragungsvoraussetzungen

### **E. 6.1.1**

Grundsätzliches Art. 17 GeomV legt die Voraussetzungen der Eintragung in das Geometerregister und damit – da die Eintragung Voraussetzung zur Berufsausübung ist (Art. 41 Abs. 1 GeoIG) – auch die Voraussetzungen zur Berufsausübung fest. Zusätzlich zur fachlichen Voraussetzung des Besitzes des Patents als Ingenieur-Geometerin oder Ingenieur-Geometer (Art. 17 Bst. a GeomV) kennt das Geoinformationsrecht noch drei persönliche Voraussetzungen, nämlich die volle Handlungs- und Urteilsfähigkeit (Art. 17 Bst. b GeomV), die Befähigung zur eigenverantwortlichen Berufsausübung (Art. 17 Bst. d GeomV)<sup>95</sup> und das Fehlen von strafrechtlichen Verurteilungen im Zusammenhang mit der Berufsausübung (Art. 17 Bst. c GeomV). Damit eine Eintragung in das Geometerregister erfolgen kann, müssen diese Voraussetzungen nachgewiesen werden (Art. 18 Abs. 2 GeomV). Die Voraussetzungen müssen zudem während der gesamten Dauer der Eintragung und damit der Tätigkeit in der amtlichen Vermessungen erfüllt sein; der Wegfall einer einzigen Voraussetzung führt zur Löschung aus dem Register (Art. 19 Abs. 1 Bst. a GeomV)<sup>96</sup>. Das Geometerrecht setzt hinsichtlich des Weiterbestands der Eintragungsvoraussetzungen grundsätzlich auf Selbstdeklaration: Nach der hier vertretenen Auffassung sind im Geometerregister eingetragene Personen verpflichtet, der Geometerkommission von sich aus mitzuteilen, wenn Eintragungsvoraussetzungen wegfallen. Dies ergibt sich inhärent aus dem Registersystem sowie ausdrücklich aus der Wahrheitspflicht gegenüber den Aufsichtsbehörden (Art. 22 Abs. 1 Bst. j GeomV). Das Wegfallen einer Eintragungsvoraussetzung als solches ist ein Lösungsgrund und löst das Verwaltungsverfahren auf Löschung aus dem Register aus (Art. 19 GeomV), welches mit der Lösungsverfügung endet; es stellt aber keinen Disziplinaratbestand dar. Es ist wichtig, klar zwischen dem Verfahren zur Löschung des Registereintrags (Art. 19 GeomV) und dem Disziplinarverfahren (Art. 25 GeomV) zu unterscheiden. Diese Unterscheidung ist vom Gesetzgeber gewollt.<sup>97</sup> Das Disziplinarverfahren unterscheidet sich vom Lösungsverfahren auch dadurch, dass es – unter Mitteilung an die betroffene Person – immer förmlich eröffnet werden muss (Art. 25 Abs. 1 GeomV) und dass die betroffene Person immer zur Stellungnahme eingeladen werden muss (Art. 25 Abs. 2 GeomV). Der einzige Berührungspunkt der beiden Verfahren ist der, dass im Falle einer Disziplinarverfügung, mit der ein befristetes oder unbefristetes Berufsausübungsverbot (Art. 26 Abs. 1 Bst. d und e GeomV) angeordnet wird, in der gleichen Verfügung auch die Löschung aus dem Register (Art. 19 Abs. 1

<sup>91</sup> Vgl. dazu auch BGE 124 I 297, E.4c bb, S. 303. <sup>92</sup> Vgl. vorstehend Ziffer 2.4. <sup>93</sup> Vgl. VALLENDER (Fn. 40), Rz. 50. <sup>94</sup> Dies ergibt sich u.a. aus Art. 36 Abs. 1 BV. <sup>95</sup> Vgl. dazu auch vorstehend Ziffer 3. <sup>96</sup> Dazu nachfolgend Ziffer 6.1.2. <sup>97</sup> Vgl. Botschaft GeoIG (Fn. 48), BBl 2006 7818, S. 7874: «Weitere Vorteile dieser Lösung sind die klare Trennung zwischen Ausbildungsnachweis, Berufsausübung und Disziplinarmaßnahmen, ...»

Gutachten

Daniel Kettiger

Bst. b GeomV) angeordnet werden kann, da es sich um eine zwingende (gesetzliche) Folge des Berufsausübungsverbots handelt.

### **E. 6.1.2**

Wegfall von Eintragungsvoraussetzungen Wenn Eintragungsvoraussetzungen wegfallen, so muss die Geometerkommission zwingend die Löschung aus dem Geometerregister verfügen (Art. 19 Abs. 1 Bst. a GeomV). Die Verordnung lässt der Geometerkommission – wie bei den anderen in der GeomV aufgeführten Lösungsgründen – diesbezüglich kein Ermessen. Grundsätzlich ist es unbeachtlich, auf welchem Weg die Geometerkommission vom Lösungsgrund erfährt, d.h. ob die im Register eingetragene Person dies in Wahrnehmung der Selbstdeklarationspflicht<sup>98</sup> mitteilt, ob eine Mitteilung der kantonalen Vermessungsaufsicht oder der Strafverfolgungsbehörden (Art. 24 Abs. 2 GeomV) erfolgt oder ob sich die Tatsache aus eigener Wahrnehmung der Geometerkommission – beispielsweise auf der Grundlage einer Inspektion (Art. 23 GeomV) – ergibt. Wesentlich ist, dass der Lösungsgrund in den Akten zweifelsfrei belegt ist. Bei den Lösungsgründen gemäss Art. 19 Abs. 1 Bst. b-d GeomV ist dies unproblematisch. Ebenfalls unproblematisch ist es beim Wegfall von Eintragungsvoraussetzungen gemäss Art. 17 Bst. a und b GeomV. Bei der Frage, ob eine strafrechtliche Verurteilung mit der Ausübung des Geometerberufs unvereinbar ist, besteht demgegenüber für die Geometerkommission ein kleiner Ermessensspielraum.<sup>99</sup> Problematisch ist demgegenüber der Wegfall der Befähigung zur selbstständigen Berufsausübung (Art. 17 Bst. d GeomV). Hier dürften seitens der Geometerkommission in der Regel weitere Abklärungen (Einholen von Auskünften und Unterlagen gestützt auf Art. 22 Abs. 1 Bst. j GeomV bei der betroffenen Person; Auftrag an kantonale Vermessungsaufsicht gemäss Art. 23 GeomV) notwendig sein. Allenfalls drängt sich eine Inspektion (Art. 23 GeomV) auf. Wenn die Geometerkommission den Verdacht hat, eine Eintragungsvoraussetzung sei weggefallen, ist sie verpflichtet, die Sache von Amtes wegen abzuklären.

### **E. 6.2**

Disziplinarrecht Bereits der Gesetzgeber hat ein Disziplinarrecht für die im Register eingetragenen Personen vorgesehen (Art. 41 Abs. 2 Bst. c und Abs. 3 Bst. f. GeoIG), welches in einem Zusammenhang mit den ebenfalls zu statuierenden Berufspflichten (Art. 41 Abs. 3 Bst. g GeoIG) steht.<sup>100</sup> In der Geometerverordnung werden die Berufspflichten (Art. 22 GeomV) sowie das Disziplinarrecht (Art. 25-28 GeomV) ausführlich geregelt. Der einzige Grund zur Durchführung eines Disziplinarverfahrens (Art. 25 Abs. 1 GeomV) und zur Verhängung von Disziplinar massnahmen (Art. 26 Abs. 1 GeomV) ist die Verletzung von Berufspflichten. Auch die als separater Disziplinarfall genannte Verweigerung des Inspektionsrechts stellt letztlich eine Verletzung einer Berufspflicht dar (Art. 22 Abs. 1 Bst. f i.V.m. Art. 23 GeomV). Im Rahmen eines förmlich eröffneten Disziplinarverfahrens kann die Geometerkommission bestimmte Untersuchungshandlungen durchführen (Art. 25 Abs. 4 GeomV). Sie kann die Durchführung an Ausschüsse delegieren (Art. 32 Abs. 2 GeomV). In der Aufsichtstätigkeit der Geometerkommission gibt es Vorstufen der Disziplinar aufsicht, die ausserhalb eines förmlichen Disziplinarverfahrens stehen (allenfalls vor dem Verfahren). Diese dienen einerseits der normalen Aufsichtstätigkeit und andererseits – ähnlich wie die polizeiliche Vorermittlung – der Abklärung der Frage, ob überhaupt ein genügender Anfangsverdacht für die Eröffnung

eines förmlichen Disziplinarverfahrens (Art. 25 Abs. 1 GeomV) besteht: – Schriftliche Anfrage an eine im Register eingetragene Person mit der Bitte um Erteilung von Auskünften oder Zustellung von Unterlagen (Art. 22 Abs. 1 Bst. f GeomV); – Durchführung einer Inspektion (Art. 23 GeomV); – Meldungen von Behörden im Sinne von Art. 24 Abs. 1 GeomV.

98 Vgl. vorstehend Ziffer 6.1.1. 99 Nicht hinsichtlich der Tatsache der strafrechtlichen Verurteilung, aber hinsichtlich der Relevanz des Delikts für die Tätigkeit in der amtlichen Vermessung. 100 Vgl. Botschaft GeoIG (Fn. 48), BBl 2006 7818, S. 7873 f.

Gutachten

Daniel Kettiger

VPB/JAAC/GAAC 2011, Ausgabe vom 3. August 2011 23

Die Geometerkommission – oder in ihren Auftrag die kantonale Vermessungsaufsicht – kann jederzeit und auch ohne bestimmten Grund (d.h. auch im System einer zufallsgenerierten Stichprobe) Inspektionen durchführen. Wenn eine im Register eingetragene Person den Wegfall einer Eintragungsvoraussetzung nicht von sich aus meldet, so stellt dies eine Verletzung einer Berufspflicht (Art. 22 Abs. 1 Bst. f GeomV)<sup>101</sup> und damit gleichzeitig auch einen Disziplinarartbestand dar. Die Geometerkommission kann ein Disziplinarverfahren eröffnen, wenn ein erhärteter Verdacht besteht, dass die Selbstdeklaration unterlassen wurde. Gleiches gilt auch, wenn der Verdacht besteht, eine im Register eingetragene Person habe ihre Weiterbildungspflicht (Art. 22 Abs. 1 Bst. g GeomV) erheblich vernachlässigt und weise deshalb nicht mehr den notwendigen Ausbildungsstand auf. Wenn die Geometerkommission Grund zur Annahme hat, dass Eintragungsvoraussetzungen weggefallen sein könnten, aber dies nicht gemeldet wurde, oder dass die Weiterbildungspflicht vernachlässigt wurde, steht es ihr somit grundsätzlich frei, ob sie zuerst Vorabklärungen durchführen oder gleich ein Disziplinarverfahren eröffnen und die Frage im Rahmen des Disziplinarverfahrens klären will.

### **E. 6.3**

Möglichkeiten des Vorgehens durch die Geometerkommission Wie bereits erwähnt, stellen sich hinsichtlich der Eintragungsvoraussetzungen Fragen, die mit dem zunehmenden Alter einer eingetragenen Person zusammenhängen.<sup>102</sup> Zudem stellt sich bei im Register eingetragenen Personen mit hohem Alter, bei denen der Patenterwerb schon lange zurückliegt, die Frage des genügenden Weiterbildungsstands (Art. 22 Abs. 1 Bst. g GeomV). Letztlich stellt sich bei im Register eingetragenen Personen mit hohem Alter allenfalls auch die grundsätzliche Frage, ob eine Berufsausübung im Sinne von Art. 22 Abs. 1 Bst. a GeomV noch gewährleistet ist. Mithin drängt sich bei den im Register eingetragenen Personen ab einer bestimmten Altersgrenze eine periodische Überprüfung dieser Fragen aus der Sicht der Geometerkommission als Aufsichtsbehörde grundsätzlich auf. Eine Anknüpfung einer erhöhten Kontroll- und Inspektionstätigkeit ausschliesslich am Merkmal des Alters scheint allerdings geeignet, eine Diskriminierung im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV darzustellen. Die Ungleichbehandlung lässt sich im vorliegenden Fall aber qualifiziert rechtfertigen. Wenn die Voraussetzungen gegeben sind, dass der Gesetzgeber eine generelle Altersgrenze für die Tätigkeit in der amtlichen Vermessung statuieren könnte,<sup>103</sup> welche mit Art. 8 Abs. 2 BV vereinbar ist, so kann daraus gefolgert werden, dass auch die mildere Massnahme einer erhöhten Aufsichts- bzw. Kontrolldichte verfassungskonform ist. Zudem weist die von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

gestützte Praxis hinsichtlich der Fahrzeugführerinnen und Fahrzeugführer darauf hin, dass eine erhöhte Kontrolldichte bei älteren Menschen zum Zweck des Polizeigüterschutzes zulässig ist.<sup>104</sup> Die Altersgrenze für eine erhöhte Kontrolldichte dürfte bei 70 bis 75 Jahren liegen. Die Periodizität der Kontrollen ab der Altersgrenze sollte nicht weniger als fünf Jahre betragen; eine dichtere Kontrolle könnte gegen den Grundsatz des verhältnismässigen Verwaltungshandelns (Art. 5 Abs. 2 und Art. 9 BV) verstossen. Auf der Grundlage des geltenden Berufsrechts für Ingenieur-Geometerinnen und Ingenieur-Geometer kann somit die Geometerkommission zur Sicherstellung der Qualität der Arbeiten in der amtlichen Vermessung bei im Register eingetragenen Personen, die ein Alter über 70 Jahre aufweisen, periodische Inspektionen zur Abklärung ihrer «beruflichen Fitness» durchführen bzw. durchführen lassen.

101 Vgl. vorstehend Ziffer 6.1.1. 102 Vgl. vorstehend Ziffer 3. 103 Vgl. vorstehend Ziffer 5. 104 Vgl. Darstellung bei WALDMANN (Fn. 11), S. 480 f.

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali JAAC 2011.2 - Altersgrenze für die Ausübung von Arbeiten der amtlichen Vermessung In Verwaltungspraxis der Bundesbehörden Dans Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération In Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione Jahr 2011 Année Anno Band - Volume Volume Seite 8-23 Page Pagina Ref. No 150 000 239 Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert. Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale. Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.

## **E. 7**

Vgl. DANIEL KETTIGER, Zur rechtlichen Problematik von Altersgrenzen für öffentliche Ämter, Jusletter vom 19. August 2002; MARKUS SCHEFER/RENÉ RHINOW, Zulässigkeit von Altersgrenzen für politische Ämter aus Sicht der Grundrechte, Gutachten im Auftrag des Schweizerischen Seniorenrats, Jusletter vom 7. April 2003; Bericht des Bundesrats über Altersschränken auf kantonaler und kommunaler Ebene für Mitglieder der Exekutive und der Legislative vom 21. April 2004 (Bericht Bundesrat), BB1 2004 2113.

## **E. 8**

Vgl. KETTIGER (Fn. 7), Rz. 1.

Gutachten

Daniel Kettiger

VPB/JAAC/GAAC 2011, Ausgabe vom 3. August 2011 13

die Frage der Altersgrenze bei 70 Jahren für Mitglieder von ausserparlamentarischen Kommissionen diskutiert.<sup>9</sup> Die rechtliche Diskussion von Altersgrenzen für politische Ämter führte zur Entwicklung von Kriterien der Zulässigkeit von Altersschränken, welche auch auf die Frage der Berufsausübung übertragen werden können.<sup>10</sup> Die Diskussion über Altersschränken bei der Berufsausübung wurde in der Schweiz nur Ansatzweise geführt. In der politischen Diskussion auf Bundesebene wurde bisher nur eine Altersgrenze für Ärztinnen und Ärzte bezüglich der Verrechnung von Leistungen an die Grundversicherung der Krankenversicherung erwogen.<sup>11</sup> Auf kantonaler Ebene beschränkte sich die Diskussion

weitestgehend auf Altersgrenzen für Notarinnen und Notare.<sup>12</sup> Das Bundesgericht hat sich ebenfalls vor allem mit der Zulässigkeit von Altersgrenzen für Notarinnen und Notare befasst.<sup>13</sup> Hinsichtlich der Zulässigkeit von Altersgrenzen bei der Ausübung reglementierter Berufe besteht mithin in der Schweiz weder ein politischer Konsens noch eine gefestigte Lehre und Rechtsprechung.

**E. 9**

Vgl. Postulat 97.3614 Maury Pasquier, Mitglieder ausserparlamentarischer Kommissionen, Aufhebung der Altersbegrenzung.

**E. 10**

Vgl. SCHEFER/RHINOW (Fn. 7), Rz. 62 ff.

**E. 11**

Vgl. Motion 97.3381 Rychen, Pensionierung der Ärzte; BERNHARD WALDMANN, Altersgrenzen im Recht, in: Peter Hänni (Hrsg.), Mensch und Staat, Festschrift Thomas Fleiner, Freiburg 2003, S. 479 f.; siehe auch nachfolgend Ziffer 4.1.2.

**E. 12**

Vgl. nachfolgend Ziffer 4.1.3.

**E. 13**

Vgl. BGE 124 I 297; siehe nachfolgend Ziffer 4.1.3.

**E. 14**

In diesem Sinne auch WALDMANN (Fn. 11), S. 471.

**E. 15**

Vgl. JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 722.

**E. 16**

So nennen weder die EMRK noch der UNO-Pakt II das Alter ausdrücklich als verbotenes Diskriminierungsmerkmal, der UNO-Menschenrechtsausschuss anerkennt aber das Alter als ungeschriebenen Diskriminierungstatbestand im Rahmen von Art. 26 UNO-Pakt II, vgl. dazu MÜLLER/SCHEFER (Fn. 15), S. 722, mit Hinweisen.

**E. 17**

Vgl. MÜLLER/SCHEFER (Fn. 15), S. 687.

**E. 18**

Vgl. MÜLLER/SCHEFER (Fn. 15), S. 692; WALDMANN (Fn. 11), S. 472.

**E. 19**

Vgl. MÜLLER/SCHEFER (Fn. 15), S. 693; WALDMANN (Fn. 11), S. 472.

**E. 20**

Vgl. WALDMANN (Fn. 11), S. 472, mit Hinweis auf BGE 126 II 377, S. 393; GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar BV, Zürich 2007, Art. 8, Rz. 23, mit Hinweisen; RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, 2. Aufl., Art. 8, Rz. 48.

## **E. 21**

WALDMANN (Fn. 11), S. 472.

## **E. 22**

MÜLLER/SCHEFER (Fn. 15), S. 693 f.

## **E. 23**

Vgl. SCHWEIZER (Fn. 20), Art. 8, Rz. 44 und 48.

## **E. 24**

Vgl. SCHWEIZER (Fn. 20), Art. 8, Rz. 48.

Gutachten

Daniel Kettiger

VPB/JAAC/GAAC 2011, Ausgabe vom 3. August 2011 14

Diskriminierung wegen des Alters gemäss Art. 8 Abs. 2 BV schützt somit nicht mit jener Intensität vor Ungleichbehandlung wie beispielsweise die Diskriminierungsverbote wegen der Rasse oder des Geschlechts.<sup>25</sup> In der Lehre wird teilweise auch in Frage gestellt, ob die betagten Menschen in unserer Gesellschaft generell des Schutzes des Diskriminierungsverbots bedürfen.<sup>26</sup> Gefordert ist somit eine differenzierte Betrachtung der gesellschaftlichen und persönlichen Situation des betagten Menschen in Bezug auf die jeweilige Ungleichbehandlung wegen des Alters. Besonders stark werden einzelne Menschen im Bereich der Arbeit getroffen;<sup>27</sup> gerade Altersschränken hinsichtlich der Berufsausübung sind somit heikel und bedürfen einer entsprechenden Rechtfertigung. Personen, die sich immer wieder neuen Anforderungen und Aufgaben stellen und Problemlösungsstrategien entwickeln müssen, sind in weit geringerem Masse einer Abnahme in ihren kognitiven Leistungen ausgesetzt; der Ausschluss betagter Menschen aus dem gesellschaftlichen Leben ist für sie daher auch aus dieser Sicht besonders einschneidend.<sup>28</sup> Die hinsichtlich der Altersschränken für öffentliche Ämter entwickelten Kriterien, unter denen eine Altersgrenze im Lichte von Art. 8 Abs. 2 BV zulässig ist, können auch auf Altersgrenzen für die Zulassung zur Berufsausübung angewendet werden:<sup>29</sup> – Legitimes Ziel: Die Altergrenze muss ein legitimes Ziel verfolgen. Sie muss der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dienen und muss – entsprechend den allgemeinen Voraussetzungen für Grundrechtseingriffe (Art. 36 Abs. 2 BV) – durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz der Grundrechte Dritter gerechtfertigt sein. Hinsichtlich des Verbots der Altersdiskriminierung erscheinen zudem insbesondere jene Altersschränken als unzulässig, die (bewusst oder im Sinne einer verdeckten Agenda) das Ziel verfolgen, gewisse stereotype Rollen älterer Menschen zu verfestigen oder diese vom gesellschaftlichen Leben auszugrenzen.<sup>30</sup> Eine derartige stereotype Rollenzuteilung wäre, ältere Menschen generell, d.h. ohne detaillierte Untersuchung der Arbeitsprozesse und Qualitätserfordernisse, als zur Berufsausübung weniger geeignet oder als weniger leistungsfähig zu bezeichnen. – Eignung der Massnahme: Voraussetzung zulässiger Altersschränken ist, dass diese geeignet erscheinen, das von ihnen angestrebte Ziel tatsächlich zu erreichen. Auch dieses Erfordernis lehnt sich – als Teilgehalt des Erfordernis der Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV)<sup>31</sup> – an die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für Grundrechtseingriffe an. Dies ist zunächst dann der Fall, wenn die Altersschränke solchen Tatsachen Rechnung trägt, die bei Menschen eines gewissen Alters

mit überwiegender Häufigkeit zutreffen; in diesem Fall ist die Schlechters- tellung betagter Menschen in den tatsächlichen Verhältnissen genügend begründet.<sup>32</sup> So nimmt das Gehör- und Sehvermögen mit zunehmendem Alter bei der überwiegenden Mehrzahl der Menschen markant ab. Dieser Tatsache darf die Rechtsordnung dadurch Rechnung tragen, dass sie für bestimmte Tätigkeiten mit Dritt- oder Selbstgefährdung – wie etwa das Auto fahren – ab einem bestimmten Alter Kontrollen der Sehschärfe und des Gehörs verlangt.<sup>33</sup> Hinsichtlich der Berufsausübung bedeutet dies, dass solche dem Altern inhärente Tatsachen bei der Frage der Zulassung berücksichtigt werden dürfen, wenn dies der Schutz von Dritten oder des Rechtssystems erfordert. – Erforderlichkeit der Massnahme: Eine Altersgrenze muss erforderlich sein, um das von ihr anvi- sierte Ziel tatsächlich zu erreichen. Auch dieses Erfordernis lehnt sich – als Teilgehalt des Erfordernis der Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV)<sup>34</sup> – an die verfassungsrechtlichen Vor- aussetzungen für Grundrechtseingriffe an. Dies bedeutet insbesondere, dass andere, nicht auf das Alter abstellende Massnahmen das fragliche Ziel nicht ebenso oder jedenfalls annähernd so gut zu erreichen vermögen.<sup>35</sup> Es muss daher geprüft werden, ob statt einer Altersgrenze beispielsweise eine individuelle Abklärung, welche die Eigenschaften jedes Einzelnen feststellt und nicht an die generalisierten Fähigkeiten älterer Menschen anknüpft, ebenso gut zum Ziele

#### **E. 25**

Vgl. MÜLLER/SCHEFER (Fn. 15), S. 724, u.a. mit dem Hinweis auf die Rechtsprechung des U.S. Supreme Court.

#### **E. 26**

Vgl. MÜLLER/SCHEFER (Fn. 15), S. 723.

#### **E. 27**

Vgl. MÜLLER/SCHEFER (Fn. 15), S. 723; vgl. auch den Hinweis auf die parlamentarische Debatte bei SCHEFER/RHINOW (Fn. 7), Rz. 31.

#### **E. 28**

Vgl. SCHEFER/RHINOW (Fn. 7), Rz. 42, mit Hinweisen auf die diesbezügliche Fachliteratur.

#### **E. 29**

Vgl. SCHEFER/RHINOW (Fn. 7), Rz. 62 ff.

#### **E. 30**

Vgl. SCHEFER/RHINOW (Fn. 7), Rz. 64.

#### **E. 31**

Vgl. BIAGGINI (Fn. 20), Art. 36, Rz. 23.

#### **E. 32**

Vgl. SCHEFER/RHINOW (Fn. 7), Rz. 67.

#### **E. 33**

Vgl. SCHEFER/RHINOW (Fn. 7), Rz. 68.

#### **E. 34**

Vgl. BIAGGINI (Fn. 20), Art. 36, Rz. 23.

**E. 35**

Vgl. SCHEFER/RHINOW (Fn. 7), Rz. 71.

Gutachten

Daniel Kettiger

VPB/JAAC/GAAC 2011, Ausgabe vom 3. August 2011 15

führen würde.<sup>36</sup> Das Kriterium der Erforderlichkeit einer Altersgrenze verlangt zudem, dass diese nicht mehr betagte Menschen trifft, als notwendig. Es ist insbesondere die Frage zu beantworten, «ob das der Schranke zugrunde gelegte Alter nicht auch höher angesetzt werden könnte, ohne dass dadurch die Erreichung des Regelungsziels substantiell beeinträchtigt würde»<sup>37</sup>. – Zumutbarkeit für die Betroffenen: Voraussetzung für eine Altersgrenze ist letztlich die Zumutbarkeit der fraglichen Altersschranke für die konkret davon Betroffenen. Es sind die Interessen an der Erreichung des fraglichen Ziels mit jenen älterer Menschen abzuwägen, die von der Altersschranke betroffene Tätigkeit oder sonstige Lebensgestaltung weiterhin wahrnehmen zu können. «Je intensiver die Einzelnen in ihrer Persönlichkeit betroffen werden, desto gewichtiger müssen die mit der Altersschranke angestrebten Ziele sein.»<sup>38</sup> In der Lehre und Rechtsprechung wird es beispielsweise als zulässig erachtet, dass die Notarinnen und Notare mit 70 Jahren ihre Tätigkeit aufgeben müssen, um jüngeren Kollegen Zugang zu diesem Beruf zu eröffnen und um eine einwandfreie Ausübung der ihnen übertragenen hoheitlichen Aufgabe sicherzustellen.<sup>39</sup>

**E. 36**

Vgl. SCHEFER/RHINOW (Fn. 7), Rz. 73.

**E. 37**

SCHEFER/RHINOW (Fn. 7), Rz. 75.

**E. 38**

SCHEFER/RHINOW (Fn. 7), Rz. 77.

**E. 39**

Vgl. SCHEFER/RHINOW (Fn. 7), Rz. 75, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; vgl. auch nachfolgend Ziffer 4.1.3.

**E. 40**

KLAUS A. VALLENDER, St. Galler Kommentar, 2. Aufl., Art. 27, Rz. 20, mit Hinweis auf BGE 125 I 277.

**E. 41**

Vgl. Übersicht bei BIAGGINI (Fn. 20), Art. 27, Rz. 9.

**E. 42**

Vgl. BIAGGINI (Fn. 20), Art. 27, Rz. 13.

**E. 43**

Vgl. BIAGGINI (Fn. 20), Art. 27, Rz. 29; VALLENDER (Fn. 40), Rz. 49.

**E. 44**

Vgl. VALLENDER (Fn. 40), Rz. 50.

#### **E. 45**

VALLENDER (Fn. 40), Rz. 51.

Gutachten

Daniel Kettiger

VPB/JAAC/GAAC 2011, Ausgabe vom 3. August 2011 16

– einen grundsatzkonformen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit darstellen (was bei Massnahmen, die ausschliesslich dem Polizeigüterschutz dienen, immer zutrifft<sup>46</sup>). 3

Geltendes Berufsrecht in der amtlichen Vermessung Eines der Hauptanliegen der Bundesgesetzgebung über die amtliche Vermessung ist die Sicherstellung einer hohen Qualität im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs und im Interesse der betroffenen Personen. Dies wurde bereits bei der Schaffung eines neuen Verfassungsartikels zur Vermessung (Art. 75a BV) ausdrücklich festgehalten.<sup>47</sup> In den Materialien zum GeoIG wurde diesbezüglich folgendes ausgeführt: «Die mit der Durchführung der amtlichen Vermessung betrauten Ingenieur-Geometer üben im öffentlichen Interesse eine hoheitliche Tätigkeit aus und sind in diesem Rahmen als Personen öffentlichen Glaubens zu betrachten. Durch die Übertragung hoheitlicher Aufgaben in den Verantwortungsbereich von Privaten wird der Staat von der Ausführung von Verwaltungsaufgaben entlastet. Die Ausgliederung von Teilen der Verwaltungstätigkeit erweist sich jedoch nur dann als erfolgreich, wenn die von den Privaten geleistete Arbeit bestimmten Qualitätsvorgaben entspricht. Der Staat hat insbesondere sicherzustellen, dass die Privaten über die fachlichen Fähigkeiten verfügen, um die ihnen übertragenen Arbeiten professionell auszuführen. Mit dem Geometer-Patent, dem damit verbundenen Staatsexamen und dem Registereintrag wird bei der amtlichen Vermessung ein Mindeststandard an fachlichen und persönlichen Kompetenzen durchgesetzt. Eine Ingenieur-Geometerin oder ein Ingenieur-Geometer muss zudem in der Lage sein, die Arbeiten der amtlichen Vermessung selbständig auszuführen. Dies heisst, dass die fachlichen Entscheide unabhängig gefällt werden können, unbesehen davon, ob sie oder er in einem privaten Unternehmen oder einer öffentlichen Verwaltung beschäftigt ist. Auch die in den staatlichen Organen der amtlichen Vermessung an entscheidender Stelle tätigen Amtspersonen müssen über das Patent verfügen.»<sup>48</sup> Im Vorfeld der Gesetzgebungsarbeiten wurde zu den beruflichen Voraussetzungen für die Ausübung von Arbeiten der amtlichen Vermessung ein ETH-Gutachten<sup>49</sup> erstellt, welches im Kern zu folgenden Erkenntnissen gelangte: «Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es sich bei der Amtlichen Vermessung um ein anspruchsvolles Unternehmen handelt. Der korrekte Arbeitsablauf erfordert den Einsatz von kompetenten Fachleuten. Diese müssen über das theoretische Grundwissen verfügen und in der Lage sein, selbständig Feldarbeiten zu organisieren und durchzuführen. Zudem müssen sie befähigt sein, auftauchende Rechtsfragen zu erkennen und richtig einzuordnen. Es sind besonders drei Gründe, weshalb der Arbeitsqualität bei der Amtlichen Vermessung eine grosse Bedeutung zukommt. Erstens stehen dingliche Rechte an Immobilien zur Diskussion, welche einen besonderen verfassungsmässigen Schutz geniessen (Art. 26 BV). Zweitens nehmen die Grenzen in den Plänen der Amtlichen Vermessung am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil. Nachträgliche Korrekturen von Vermessungsfehlern sind nur begrenzt möglich und mit einem grossen Aufwand verbunden. Drittens muss der Bürger darauf vertrauen können, dass die öffentlichen Register fachgerecht und sorgfältig geführt werden.

Denn dingliche Rechte sind als unverjährbare Rechte auf lange Dauer angelegt. Infolgedessen können Fehler bei der Amtlichen Vermessung für die Betroffenen schwerwiegende Konsequenzen haben.»<sup>50</sup> Zur selbstständigen Ausführung von Arbeiten der amtlichen Vermessung ist berechtigt, wer das eidgenössische Staatsexamen erfolgreich bestanden hat und im Register der Ingenieur-Geometerinnen und Ingenieur-Geometer eingetragen ist (Art. 41 GeoIG). Diese Regelung wird in Art. 44 VAV teilweise noch genauer ausgeführt. In das Geometerregister eingetragen werden Personen, die (kumulativ) das Patent als Ingenieur-Geometerin oder Ingenieur-Geometer besitzen, die handlungs- und urteilsfähig sind, die nicht strafrechtlich verurteilt wurden wegen Handlungen, die mit der Ausübung des Geometerberufs unvereinbar sind, oder deren Eintrag im Strafregister entfernt ist; und die fähig sind, den Geometerberuf eigenverantwortlich auszuüben (Art. 17 GeomV). Das geltende Recht für die Berufszulassung in der amtlichen Vermessung enthält somit keine ausdrückliche Altersgrenze. Inhärent enthalten aber die Zulassungsvorschriften Einschränkungen, die das Alter betreffen. Nach unten wird das Alter für den Berufszugang durch die erforderlichen Ausbildungen

#### **E. 46**

Vgl. VALLENDER (Fn. 40), Rz. 50.

#### **E. 47**

Vgl. Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 14. November 2001, BBl 201 2291, S. 2468: «...damit im ganzen Gebiet der Eidgenossenschaft Daten und Pläne mit gleicher, der Situation entsprechender hoher Qualität entstehen, welche für die Akteure im Bodenmarkt unabdingbar sind.»

#### **E. 48**

Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Geoinformation (Geoinformationsgesetz, GeoIG) vom 6. September 2006 (Botschaft GeoIG), BBl 2006 7817, S. 7873.

#### **E. 49**

ALESSANDRO CAROSIO/URS CHRISTOPH NEF, Gutachten über die Bedeutung und die Notwendigkeit des eidgenössischen Patents für Ingenieur-Geometerinnen und Ingenieur-Geometer vom 24. August 2005 im Auftrag des Bundesrats.

#### **E. 50**

CAROSIO/NEF (Fn. 49), S. 13.

Gutachten

Daniel Kettiger

VPB/JAAC/GAAC 2011, Ausgabe vom 3. August 2011 17

und Abschlüsse (Matura, Hochschulstudium, Praktikum, Geometerprüfung) eingeschränkt. Nach oben bestehen zwei inhärente Schranken, die mit dem Alter zusammenhängen: – Handlungs- und Urteilsfähigkeit (Art. 17 Bst. b GeomV): Die Eintragung in das Geometerregister erfordert volle Handlungs- und Urteilsfähigkeit. Diese kann durch vorwiegend altersbedingte bzw. in höherem Alter auftretende psychische Erkrankungen (Alzheimer, Demenz, etc.) nicht mehr gegeben sein. – Befähigung zur

eigenverantwortlichen Berufsausübung (Art. 17 Bst. d GeomV): Ebenfalls erforderlich ist, dass die im Geometerregister eingetragene Personen «fähig sind, den Geometerberuf eigenverantwortlich auszuüben». Dies erfordert einerseits, dass die fachlichen Entscheidungen unabhängig gefällt werden können, unbeschrieben davon, ob die Person in einem privaten Unternehmen oder einer öffentlichen Verwaltung beschäftigt ist.<sup>51</sup> Andererseits muss diese Vorschrift auch im Lichte von Art. 41 Abs. 1 GeoIG und Art. 44 Abs. 2 VAV betrachtet werden, welche für die Ausführung von bestimmten Arbeiten der amtlichen Vermessung besondere berufliche Befähigung voraussetzen. Diese Arbeiten müssen grundsätzlich durch eine im Register eingetragene Person persönlich oder doch unter deren unmittelbaren Aufsicht bzw. deren Mitwirken erfolgen. Feldarbeiten wie Auswertungen dürfen somit nicht vollumfänglich dem Hilfspersonal überlassen werden. Dies bedeutet aber hinsichtlich der Befähigung zur eigenverantwortlichen Berufsausübung gemäss Art. 17 Bst. d GeomV, dass die einzutragende Person von ihrer physischen und psychischen Verfassung und von ihrem Ausbildungsstand her in der Lage sein muss, alle Arbeiten der amtlichen Vermessung persönlich auszuführen oder doch mindestens vorort kompetent zu begleiten. 4 Rechtsvergleichende Betrachtungen

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.