

Zur Reichweite der Pflicht zur Prüfung der Gleichwertigkeit ausländischer Diplome

Prof. Dr. Astrid Epiney, LL.M.

Juni 2024

Cahiers fribourgeois de droit européen no 34
Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 34

**Zur Reichweite der Pflicht zur Prüfung der
Gleichwertigkeit ausländischer Diplome**

Prof. Dr. Astrid Epiney, LL.M.

L'Institut de droit européen, dirigé par les Professeures Samantha Besson, Astrid Epiney et Sarah Progin-Theuerkauf, contribue, en tant que centre de compétence des Facultés de droit des Universités de Berne, Neuchâtel et Fribourg, à ce que les ressources des trois universités dans ce domaine soient utilisées le plus efficacement possible. Ses activités englobent, hormis les tâches relatives à l'enseignement du droit européen, la gestion d'une bibliothèque et d'un centre de documentation européenne, l'organisation de manifestations pour la formation continue ainsi que la recherche scientifique en droit européen, des avis de droit et des expertises.

Les Cahiers fribourgeois de droit européen proposent des textes, en français, en allemand, en anglais et en italien, qui, pour différentes raisons, ne se prêtent pas à une publication commerciale, tels que des «papers» de discussion de doctorants, des avis de droit ou des versions écrites de conférences données à l'Université de Fribourg.

Das Institut für Europarecht unter der Leitung von den Professorinnen Samantha Besson, Astrid Epiney und Sarah Progin-Theuerkauf hat als Kompetenzzentrum der rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Universitäten Bern, Neuenburg und Freiburg unter anderem die Aufgabe, zu der effizienten Nutzung der auf diesem Gebiet zu Verfügung stehenden Ressourcen beizutragen. Neben den mit der Lehre im Europarecht verbundenen Aufgaben zählen zu seinen Aktivitäten die Führung einer europarechtlichen Bibliothek und eines europäischen Dokumentationszentrums, die Organisation von Weiterbildungen sowie die wissenschaftliche Forschung im Europarecht und das Erstellen von Rechtsgutachten.

Die Freiburger Schriften zum Europarecht beinhalten Texte auf Deutsch, Französisch, Englisch und Italienisch, die aus verschiedenen Gründen nicht für eine kommerzielle Veröffentlichung geeignet sind, wie z.B. Diskussionspapiere von Doktoranden, Rechtsgutachten oder schriftliche Fassungen von an der Universität Freiburg gehaltenen Vorträgen.

Editeur / Herausgeber

Institut de droit européen / Institut für Europarecht
Avenue de Beauregard 11
CH-1700 Fribourg

euroinstitut@unifr.ch

www.unifr.ch/ius/euroinstitut

Juni 2024

Copyright chez l'auteur / bei der Autorin

Pas disponible en librairie / nicht im Buchhandel erhältlich

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung und Problemstellung	1
§ 2 Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU und die Anerkennung von Diplomen: eine Skizze	5
I. Aufbau, Zielsetzungen und Auslegung des FZA.....	5
II. Zur Regelung der Diplomanerkennung im FZA.....	9
1. Art. 9 FZA i.V.m. Anhang III FZA.....	9
a) Allgemeines.....	9
b) Das System der RL 2005/36 – Grundsätze.....	10
2. Grundfreiheiten und Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit17	
§ 3 Zu den Voraussetzungen der Pflicht zum Eintreten auf eine «Gleichwertigkeitsprüfung».....	25
I. Zum Vorliegen «vergleichbarer Tätigkeiten» im Sinne der RL 2005/36.....	26
II. Zu den primärrechtlichen Vorgaben bzw. den Diskriminierungsverboten des FZA	31
§ 4 Zusammenfassung und Schlussbemerkung.....	37
Literaturverzeichnis	40
Abkürzungsverzeichnis	44

§ 1 Einleitung und Problemstellung

1. Das **Freizügigkeitsabkommen (FZA)** zwischen der Schweiz und der Europäischen Union¹ regelt die Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der Union, dies – so die Präambel – «auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen». Deutlich wird damit bereits eines der Hauptcharakteristika des Abkommens: Es lehnt sich inhaltlich eng an die **primär- und sekundärrechtlichen Grundsätze des EU-Rechts** an bzw. übernimmt diese in (weiten) Teilen. Dabei kann diese Anlehnung an die unionsrechtlichen Grundsätze entweder über eine **sinngemässe Übernahme des Unionsrechts** in den Vertragstext selbst erfolgen (wie im FZA z.B. in Art. 2 FZA, Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit) oder über eine **Bezugnahme auf EU-Sekundärrecht**, das zu beachten ist bzw. in Bezug auf welches in der Schweiz eine gleichwertige Rechtslage sicherzustellen ist (wie in den Anhängen II und III FZA hinsichtlich der Koordinierung der System sozialer Sicherheit und der Anerkennung von Diplomen).

2. Materiell sind dem Freizügigkeitsabkommen – in Anlehnung an das Unionsrecht – auch Vorgaben über die **Anerkennung von beruflichen Qualifikationen und Ausbildungen** zu entnehmen. Dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die **Ausübung zahlreicher Berufe** nur unter der Voraussetzung **bestimmter Ausbildungen oder Qualifikationen** erlaubt ist. Diese Regelungen unterscheiden sich aber mitunter beträchtlich zwischen den verschiedenen Staaten, manchmal auch zwischen verschiedenen Gliedstaaten, und können daher die Ausübung der Freizügigkeitsrechte beschränken.² Vor diesem Hintergrund wurden auf Unionsebene schon vergleichsweise früh **sekundärrechtliche Regelungen über die Diplomanerkennung** erlassen, wobei heute die RL 2005/36³ von besonderer Bedeutung ist.⁴ Daneben, bzw. soweit keine spezifischen sekundärrechtlichen Regelungen

¹ Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.142.112.681; ABl. 2002 L 114, 6.

² Vgl. aus der Rechtsprechung schon EuGH, Rs. 71/76 (Thieffry), ECLI:EU:C:1977:65; s. sodann z.B. EuGH, Rs. C-586/08 (Rubino), ECLI:EU:C:2009:801; EuGH, Rs. C-313/01 (Morgenbesser), ECLI:EU:C:2003:612; EuGH, Rs. C-298/14 (Brouillard), ECLI:EU:C:2015:652; EuGH, Rs. C-342/14 (X-Steuerberatungsgesellschaft), ECLI:EU:C:2015:827; EuGH, Rs. C-125/16 (Malta Dental Technologists Association), ECLI:EU:C:2017:707.

³ RL 2005/36 über die Anerkennung der Berufsqualifikationen, ABl. 2005 L 255, 22.

⁴ Daneben existieren aber auch weitere Regelungen über spezifische Berufe, wie z.B. Rechtsanwälte, vgl. RL 98/5 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde,

existieren oder diese nicht anwendbar sind, sind solche Berufszugangs- bzw. ausübungsregelungen auch am Massstab der **Grundfreiheiten** (wobei je nach Fallgestaltung die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die Dienstleistungsfreiheit oder die Niederlassungsfreiheit zum Zuge kommen) zu messen.⁵

3. Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU übernimmt diese Regelungen (wenn auch im Zuge der Diskussionen zwischen der Schweiz und der EU über die sog. institutionellen Fragen bzw. der diesbezüglichen Schwierigkeiten gewisse Modifikationen des EU-Sekundärrechts wegen der fehlenden Zustimmung der EU nicht in den Rahmen des Freizügigkeitsabkommens übernommen wurden):⁶ Anhang III FZA verweist auf die **RL 2005/36** und die einschlägigen Bestimmungen des **Anhangs I FZA** (Art. 9 in Bezug auf Arbeitnehmer, Art. 15 in Bezug auf niederlassungswillige natürliche Personen⁷ sowie Art. 17 in Bezug auf Dienstleistungserbringer) sowie **Art. 2 FZA** verankern jedenfalls ein **Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit**,⁸ welches im vorliegenden Zusammenhang relevant ist, da das Erfordernis einer bestimmten inländischen Qualifikation regelmässig eine materielle Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit darstellt.⁹

ABl. 1998 L 77, 36. Vgl. zum System und den Methoden instruktiv – neben den einschlägigen Kommentaren zu Art. 53 AEUV – *Gammenthaler*, Diplomanerkennung und Freizügigkeit, *passim*; *Günthardt*, Switzerland and the EU, *passim*; *Berthoud*, Reconnaissance des diplômes, *passim*.

⁵ S. insoweit ausführlich *Epiney*, AJP 2021, 849 ff.; s. aber die insoweit etwas andere Akzentsetzung bei *Günthardt*, Jusletter vom 14. Juni 2021, der aber im Ergebnis die «primärrechtliche Diplomanerkennung» ebenfalls im FZA verankert sieht. Ebenso und präzisierend *Günthardt/Tobler*, Jusletter vom 3. April 2023.

⁶ Vgl. insoweit im Einzelnen *Günthardt*, SJZ 2022, 159 (167 ff.); s. auch schon *Günthardt*, Jusletter vom 14. Juni 2021, Rn. 2 f. Allgemein zu den Implikationen des Abbruchs der Verhandlungen zum sog. Rahmenabkommen oder Institutionellen Abkommen (InstA) *Epiney*, Les implications de l'échec des négociations d'un Accord-cadre, *passim*.

⁷ Im Gegensatz zum EU-Recht können sich nur natürliche Personen auf die Niederlassungsfreiheit des FZA berufen, vgl. EuGH, Rs. C-351/08 (Grimme), ECLI:EU:C:2009:697; EuGH, Rs. C-541/08 (Fokus Invest), ECLI:EU:C:2010:74.

⁸ Es ist hingegen streitig und durch die Rechtsprechung noch nicht abschliessend geklärt (s. aber EuGH, Rs. C-581/17 (Wächtler), ECLI:EU:C:2019:138, der offenbar davon ausgeht, dass das FZA auch ein Beschränkungsverbot verankert), ob und inwieweit dem FZA auch Beschränkungsverbote der erfassten Freiheiten zu entnehmen sind. Vgl. zum Problemkreis, m.w.N., *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, 81 (90 ff.); *Günthardt*, Jusletter vom 14. Juni 2021, Rn. 25 ff.

⁹ Vgl. die Beispiele aus der Rechtsprechung: EuGH, Rs. C-298/14 (Brouillard), ECLI:EU:C:2015:652; EuGH, Rs. C-342/14 (X-Steuerberatungsgesellschaft), ECLI:EU:C:2015:827. S. auch noch unten Rn. 24.

4. Die **genaue Tragweite der primär- und sekundärrechtlichen Vorgaben** im Zusammenhang mit der Anerkennung von Berufsqualifikationen und Diplomen ist immer wieder Gegenstand von (mitunter durchaus komplexen) rechtlichen Auseinandersetzungen, wie sowohl die nicht wenigen Urteile des EuGH¹⁰ als auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts¹¹ illustrieren. Vor diesem Hintergrund sind denn auch in der Schweiz in den letzten Jahren einige Untersuchungen zum Thema durchgeführt worden, dies auch auf der Grundlage oder im Rahmen von Gutachten (auch durch die Verfasserin des vorliegenden Gutachtens).¹²

5. Dessen ungeachtet wirft die genaue Reichweite der Pflicht zur (teilweisen) Anerkennung von im Ausland erworbener Diplome immer wieder **neue Fragen** auf. Eine davon betrifft die Problematik der Berufsbilder: Eine (primär- oder sekundärrechtliche) Pflicht zur (teilweisen) Anerkennung ausländischer Diplome oder Berufserfahrungen kann grundsätzlich nur unter der Voraussetzung greifen, dass es um die **gleichen oder vergleichbare «Berufe»** geht. Geht es um (völlig) unterschiedliche Berufe, so stellt sich die Frage der Anerkennung letztlich nicht. Dabei ist gleichzeitig zu beachten, dass gewisse Unterschiede in den Berufsbildern mit Blick auf die Pflicht zumindest zur Prüfung der Anerkennung bzw. teilweisen Gleichwertigkeit irrelevant sein müssen, da das System der Anerkennung der Diplome und die diesbezüglichen (primär- und sekundärrechtlichen) Grundsätze ja gerade vor dem Hintergrund der diesbezüglich unterschiedlichen Situation in den Mitgliedstaaten zu sehen ist.

6. Die vorliegende Untersuchung soll vor diesem Hintergrund – ausgehend von einem (sehr knappen) **Überblick über Grundstruktur und Inhalt des FZA** und die **Regelung der Diplomanerkennung im Abkommen im Allgemeinen** (§ 2) – spezifisch dieser Frage nachgehen und vertieft erörtern, unter welchen Voraussetzungen **Berufe zumindest vergleichbar** sind oder als vergleichbar anzusehen sind bzw. welche Grundsätze oder «Leitplanken» hier zum Zuge kommen, so dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, auf Anerkennungsgesuche einzutreten, sei dies auf primär- oder auf sekundärrechtlicher Grundlage (§ 3). Abschliessend werden

¹⁰ Vgl. die regelmässigen Berichte über die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Relevanz für das FZA im Schweizerischen Jahrbuch für Europarecht, s. zuletzt *Epiney/Mosters*, SJER 2022/2023, 71 ff.

¹¹ Vgl. die regelmässigen Berichte über die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum FZA im Jahrbuch für Migrationsrecht, s. zuletzt *Epiney/Hunziker*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2022/2023, 339 ff.

¹² Vgl. schon *Gammenthaler*, Diplomanerkennung und Freizügigkeit, 2009; s. sodann *Bertoud*, Reconnaissance des diplômes, 2016; *Günthardt*, Jusletter vom 14. Juni 2021; *Günthardt*, SJZ 2022, 159 ff.; *Günthardt*, Switzerland and the EU, 2021; *Günthardt/Tobler*, Jusletter vom 3. April 2023; s. weiter die auf Gutachten zurückgehenden Publikationen: *Epiney/Matter*, Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens Schweiz – EU (FZA) im Bereich der Diplomanerkennung, 2021, *passim*; *Epiney*, AJP 2021, 849 ff.

die wesentlichen Ergebnisse zusammengefasst und ein kurzes Fazit formuliert (§ 4).

Allerdings beschränkt sich die Untersuchung insofern auf die Grundsätze, als die rechtlichen Vorgaben und ihre Tragweite aufgezeigt und analysiert werden. Spezifisch «technische» Aspekte, die letztlich für die Vergleichbarkeit der Berufe ausschlaggebend sind, sind nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtens. Allerdings sind die entwickelten Grundsätze für die Beantwortung der Vergleichbarkeit konkreter Tätigkeiten in verschiedenen Staaten (Hintergrund des Gutachtens ist der Bereich der Osteopathie) massgeblich und heranzuziehen.

Die vorliegende Untersuchung geht auf ein Gutachten zurück, das im Auftrag des Verbands der Vereinigung akademischer OsteopathInnen Schweiz (VaOS) erstellt wurde und im Zusammenhang mit bereits im Jahr 2021 erstellten Gutachten (die auch veröffentlicht wurden)¹³ zu sehen. Soweit allgemeine Grundsätze in Frage stehen, wird daher vorliegend auf eine erneute Darstellung verzichtet und auf die früher durchgeführten Untersuchungen verwiesen (was insbesondere § 2 betrifft).

Inhaltlich handelt es sich um ein unabhängiges Gutachten. Die Verfasserin wurde ausdrücklich nicht auf eine vorgefasste Ansicht oder ein vorgegebenes Ergebnis verpflichtet, sondern um eine unabhängige Klärung der sich stellenden Fragen gebeten. Dabei wurde die zu erörternde Rechtsfrage wie folgt formuliert:

«Das FZA enthält zahlreiche Verpflichtungen im Hinblick auf die Garantie und Erleichterung der Personenfreizügigkeit. Soweit die Anerkennung von Diplomen und / oder Ausbildungen betroffen ist, enthält das FZA neben den sekundärrechtlichen Pflichten – die insbesondere in der RL 2005/36, die in das FZA „übernommen“ wurde, enthalten sind – auch allgemeine Grundsätze der Nichtdiskriminierung. Diese sind dem Unionsrecht entlehnt, und der EuGH hatte sich schon verschiedentlich zur Frage der Pflicht der Mitgliedstaaten, in anderen Mitgliedstaaten absolvierte Ausbildungen oder Berufserfahrungen anzuerkennen, zu äussern.

Sowohl dem Sekundärrecht als auch dem Primärrecht sind Pflichten der EU-Mitgliedstaaten und – auf der Grundlage des FZA – der Schweiz zu entnehmen, im Ausland erlangte Berufsausweise ganz oder teilweise anzuerkennen (im letzteren Fall bleiben sog. Ausgleichsmassnahmen vorbehalten). Eine zentrale Frage in diesem Zusammenhang ist diejenige danach, ob und inwieweit diese Pflicht grundsätzlich auch dann zum Zuge kommt, wenn sich die Berufsbilder im Ausbildungsstaat und im Aufnahmestaat unterscheiden (z.B. hinsichtlich der „erlaubten“ Tätigkeiten oder der erworbenen Fähigkeiten). Das vorliegende Gutachten soll diese Frage klären, wobei der Akzent darauf liegt, ob eine Pflicht zum Eintreten auf eine solche Prüfung besteht. Nicht Gegenstand des Gutachtens ist hingegen die konkrete Prüfung der Gleichwertigkeit bestimmter Ausbildungen.»

Dem Verband der Vereinigung akademischer OsteopathInnen Schweiz, insbesondere Herrn *Daniel Piller*, sei an dieser Stelle für das dem Institut für Europarecht und der Verfasserin entgegen gebrachte Vertrauen sowie für die ausgesprochen angenehme Zusammenarbeit herzlich gedankt.

¹³ *Epiney/Matter*, Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens Schweiz – EU (FZA) im Bereich der Diplomanerkennung, 2021, *passim*; *Epiney*, AJP 2021, 849 ff.

§ 2 Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU und die Anerkennung von Diplomen: eine Skizze

7. Gegenstand des Freizügigkeitsabkommens Schweiz – EU ist auch die Anerkennung von Diplomen, Zeugnissen oder sonstigen Befähigungsnachweisen (**Art. 9 FZA**). Dabei verweist diese Bestimmung auf **Anhang III FZA**, welcher die **Sekundärrechtsakte** aufführt sind, die im Verhältnis Schweiz-EU anwendbar sind.¹⁴ Im Folgenden sollen thesenartig die diesbezüglichen Grundsätze – wobei sowohl einige allgemeine Aspekte, insbesondere bezüglich der Auslegung des FZA (I.), als auch spezifisch die Diplomanerkennung betreffende Gesichtspunkte (II.) berücksichtigt werden – skizziert werden, die dann den Ausgangspunkt für die vertiefte Auseinandersetzung mit der im Zentrum des vorliegenden Gutachtens stehenden Frage (die «Gleichartigkeit» von Berufen oder Berufsbildern) darstellen.

Dabei erfolgt – wie bereits eingangs bemerkt – nicht nochmals eine ausführliche Darstellung des Freizügigkeitsabkommens sowie des Systems der Diplomanerkennung; ebenso wird auf Nachweise aus Literatur und Rechtsprechung verzichtet; vielmehr geht es um eine thesenartige Zusammenfassung der diesbezüglichen Grundsätze, über die im Übrigen jedenfalls weitgehend Einigkeit besteht, dies auf der Grundlage bereits durchgeführter Untersuchungen,¹⁵ auf die für weitere Nachweise aus Literatur und Rechtsprechung verwiesen sei und die teilweise auch – mit Blick auf eine bessere Verständlichkeit des vorliegenden Gutachtens aus sich heraus – nochmals aufgegriffen werden.¹⁶

I. Aufbau, Zielsetzungen und Auslegung des FZA

8. Wie bereits eingangs erwähnt,¹⁷ geht die bereits in der Präambel formulierte **Zielsetzung des FZA** dahin, die Freizügigkeit auf der **Grundlage der in der Union geltenden Bestimmungen** zu verwirklichen. So dehnt das Abkommen die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV) und die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) weitgehend auf die Schweiz und ihre Staatsangehörigen aus (entsprechend Art. 1 lit. a), d) FZA). Darüber hinaus geniessen auch Nichterwerbstätige Freizügigkeit entsprechend den (im Wesentlichen sekundärrechtlichen) Gewähr-

¹⁴ S. insoweit schon oben Rn. 3.

¹⁵ Vgl. insbesondere *Epiney*, EnzEuR Bd. 10, § 13; *Epiney/Matter*, Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens Schweiz – EU (FZA) im Bereich der Diplomanerkennung, 2021, *passim*; *Epiney*, AJP 2021, 849 ff.; allgemein zum Freizügigkeitsabkommen auch die Nachweise bei *Epiney/Affolter*, Jusletter vom 11. März 2019, Fn. 4.

¹⁶ So insbesondere die Ausführungen in *Epiney/Matter*, Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens Schweiz – EU (FZA) im Bereich der Diplomanerkennung, 2021, *passim*.

¹⁷ Rn. 1.

leistungen im Unionsrecht (vgl. Art. 1 lit. c) FZA). Dagegen wird die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) nur partiell übernommen, indem lediglich die Erbringung kurzfristiger Dienstleistungen liberalisiert wird (vgl. Art. 1 lit. b) FZA).¹⁸

9. Für den hier interessierenden Bereich der Diplomanerkennung ist – neben dem Haupttext des Abkommens und dem dort in **Art. 2 FZA** verankerten allgemeinen **Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit** – **Anhang III FZA** von Bedeutung. Dieser enthält die für den vorliegenden Beitrag besonders relevanten Vorgaben über die **Anerkennung von Diplomen**, Zeugnissen und sonstigen beruflichen Befähigungsausweisen, wobei im Wesentlichen auf die einschlägigen unionsrechtlichen Vorschriften verwiesen wird und die Schweiz sich verpflichtet, eine «gleichwertige» Rechtslage sicherzustellen.

10. Als völkerrechtlicher Vertrag ist das Freizügigkeitsabkommen nach den einschlägigen **völkerrechtlichen Grundsätzen**, die in der Wiener Vertragsrechtskonvention (VRK)¹⁹ kodifiziert sind, **auszulegen**. Auf dieser Grundlage kann in Bezug auf die für die Auslegung des Abkommens zum Zuge kommenden Prinzipien der Grundsatz formuliert werden, dass diejenigen Bestimmungen des **Freizügigkeitsabkommens**, die an **unionsrechtliche Garantien anknüpfen**, sei dies nun wörtlich oder (nur) sinngemäss, grundsätzlich in **Anlehnung an die unionsrechtliche Bedeutung** auszulegen sind. Erkennbare Zielsetzung des Abkommens ist nämlich – wie erwähnt – die Gewährung gleichwertiger Rechte und Pflichten wie im Unionsrecht. M.a.W. soll eine möglichst **weitgehende Parallelität der Rechtslage in der Union und im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens** sichergestellt werden. Dies bedeutet für die Auslegung des Abkommens, dass grundsätzlich jedenfalls immer dann von einer «Parallelität der Konzepte» auszugehen ist, wenn das Abkommen auf Konzepte des Unionsrechts zurückgreift, und nur dann eine hiervon abweichende Rechtslage unter dem Abkommen anzunehmen ist, wenn deutlich wird, dass ein vom Unionsrecht differierendes Konzept verfolgt wird bzw. eine andere Rechtslage zugrunde gelegt werden sollte.

¹⁸ Ausgehend von dem in der Bundesverfassung niedergelegten monistischen System kommt dem Freizügigkeitsabkommen als solchem seit seinem Inkrafttreten auch innerstaatlich Geltung zu, ohne dass ein irgendwie gearteter Transformationsakt notwendig wäre. Ausführlich zu den Rechtswirkungen des FZA im innerstaatlichen Bereich und zum Verhältnis zum nationalen Recht *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2015/2016, 3 (7 ff.); s. ansonsten zur innerstaatlichen Wirkung des FZA und seinem Verhältnis zum nationalen Recht, m.w.N., *Epiney/Matter*, Tragweite des FZA, Rn. 8; *Epiney*, AJP 2023, 699 ff. Zur unmittelbaren Anwendbarkeit insbesondere der Regelungen zur Diplomanerkennung BGE 132 II 135 E. 6.1; BGE 134 II 341; *Gammenthaler*, Diplomanerkennung, 301; *Oesch*, SZIER 2011, 583 (614 f.).

¹⁹ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.5.1969, SR 0.111.

Diese Zielsetzung des Abkommens impliziert auch, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs bei der Auslegung derjenigen Bestimmungen, die auf unionsrechtliche Begriffe oder Konzepte zurückgreifen, zu berücksichtigen ist, dies ungeachtet dessen, ob die Urteile vor oder nach der Unterzeichnung des Abkommens ergingen. M.a.W. implizieren Anlage und Zielsetzung des Abkommens eine solche **grundsätzliche Parallelität der Auslegung** und eine grundsätzliche «Übernahme» auch der **neueren Rechtsprechung des EuGH**, dies nicht etwa weil die unionsrechtlichen Auslegungsgrundsätze als solche massgeblich wären, sondern weil die völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze ihre Beachtlichkeit begründen.

11. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts hat diese Grundsätze seit dem diesbezüglichen Leitentscheid²⁰ immer wieder – unter Einbezug der grundsätzlichen Massgeblichkeit der neueren Rechtsprechung des EuGH²¹ – klar betont (jedenfalls soweit die II. Öffentlich-rechtliche Abteilung betroffen ist),²² und auch die Recht-

²⁰ BGE 136 II 5. S. sodann z.B. BGer 2C_688/2017 vom 29.10.2018 sowie besonders instruktiv BGE 140 II 112; BGE 142 II 35. Für einen Überblick über die relevante Rechtsprechung des Bundesgerichts vgl. die regelmässigen Berichte im Jahrbuch für Migrationsrecht, zuletzt *Epiney/Hunziker*, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2022/2023, 339 ff.

²¹ Von der nur aus «triftigen Gründen» und keineswegs «leithin» abgewichen werden dürfe, vgl. BGE 136 II 5. In BGer 2C_484/2022 vom 15.5.2023 E. 3.4 erörterte das Bundesgericht – soweit ersichtlich in dieser Form erstmals – die Frage, unter welchen Voraussetzungen solche «triftigen Gründe» vorliegen könnten. Es kam mit Blick auf Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38 (sog. Freizügigkeits- bzw. Unionsbürgerrichtlinie) zum Schluss, angesichts der Formulierung dieser Bestimmung, welche sich von Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA unterscheidet, lägen – soweit unionsrechtliche Bestimmungen abkommensrelevant sein sollten – solche «triftigen Gründe» hinsichtlich der Frage der «Schädlichkeit» des Bezugs von Sozialhilfeleistungen für das Aufenthaltsrecht von nicht erwerbstätigen Personen vor, so dass aus der Rechtsprechung des EuGH bezüglich dieser Bestimmung (konkret nahm die Beschwerdeführerin auf EuGH, Rs. C-140/12, Brey, ECLI:EU:C:2013:337, Bezug) nichts abgeleitet werden könne. Nicht klar wird aus diesem Urteil allerdings, ob sich die fehlende Massgeblichkeit der Rechtsprechung des EuGH hier aus der (vom Bundesgericht auch erwähnten) grundsätzlich fehlenden Massgeblichkeit der RL 2004/38 für das Verhältnis zur Schweiz oder aber aus «triftigen Gründen» ergibt, eine Frage, welche im Zusammenhang mit der Relevanz der RL 2004/38 für die Tragweite des Freizügigkeitsabkommens durchaus von Bedeutung sein kann. Vgl. instruktiv zu dem Urteil *Pirker*, dRSK vom 20.7.2023.

²² Bemerkenswert ist jedoch eine jüngere Rechtsprechung der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts (s. insbesondere BGer 6B_378/2018 vom 22.5.2019), die betont, das FZA sei primär wirtschaftlicher Natur, so dass die Möglichkeit der Einschränkung der durch das Abkommen garantierten Rechte aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Art. 5 Anhang I FZA) nicht eng, sondern gemäss dem Wortlaut auszulegen sei. Da das Bundesgericht aber gleichzeitig auch auf die Rechtsprechung des EuGH verweist und bei der konkreten Anwendung des Art. 5 Anhang I FZA letztlich doch auf den Einzelfall und die Massgeblichkeit der Verhältnismässigkeit verweist, bleibt unklar, inwieweit das Bundesgericht tatsächlich im Ergebnis von der diesbezüglichen Rechtslage im Unionsrecht abweichen will, zumal dieses den Mitgliedstaaten auch in Bezug auf die Beendigung des Aufenthalts aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung einen gewissen Gestaltungsspielraum einräumt. Zu diesem Urteil ausführlich *Epiney*, Jusletter vom 19.8.2019.

sprechung des **EuGH** geht zumindest inzwischen ebenfalls in diese Richtung (unter Einschluss der grundsätzlichen Relevanz neuerer Urteile des Gerichtshofs für die Auslegung des Abkommens, soweit dieses auf Begriffe des Unionsrechts zurückgreift, werden solche neueren Urteile doch regelmässig zitiert und im Rahmen der Begründung herangezogen),²³ nachdem in den ersten Urteilen einige eher missverständliche Passagen zu verzeichnen waren.²⁴ Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass der Gerichtshof jeweils auch betont, eine automatische Übertragung der unionsrechtlichen Grundsätze komme nicht in Betracht.²⁵ Auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur sind diese Grundsätze im Prinzip anerkannt, so dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung allgemein auf Zustimmung stösst.²⁶

Dies ändert allerdings nichts daran, dass die Anwendung dieses Grundsatzes der Parallelität der Auslegung im Einzelnen durchaus **Schwierigkeiten** bereiten kann, womit gewisse **Rechtsunsicherheiten** einhergehen können. Dies gilt insbesondere für die Frage, ob in einer konkreten Bestimmung tatsächlich auf unionsrechtliche Konzepte zurückgegriffen wird.²⁷ Die erörterten Grundsätze werden hierdurch aber nicht in Frage gestellt.

Auch die nachfolgenden Urteile der Strafrechtlichen Abteilung bringen hier nur wenig Klarheit, vgl. den Überblick bei *Epiney/Matter*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2019/2020, 359 (399 ff.). Für die in der vorliegenden Untersuchung im Vordergrund stehende Problematik dürfte diese Auseinandersetzung jedoch nur wenig relevant sein, betrifft sie doch spezifische Fragen der Aufenthaltsbeendigung aufgrund strafrechtlicher Massnahmen. Im Übrigen könnte die neueste Rechtsprechung der Strafrechtlichen Abteilung eine gewisse «Kehrtwende» einleiten, vgl. BGer 6B_205/2023 vom 17. August 2023, hierzu *Epiney*, dRSK vom 13.11.2023.

²³ Vgl. EuGH, Rs. C-506/10 (Graf), ECLI:EU:C:2011:643; EuGH, Rs. C-425/11 (Ettwein), ECLI:EU:C:2013:121; EuGH, Rs. C-656/11 (Vereinigtes Königreich/Rat), ECLI:EU:C:2014:97; EuGH, Rs. C-241/14 (Bukovansky), ECLI:EU:C:2015:766; EuGH, Rs. C-478/15 (Radgen), ECLI:EU:C:2016:705; EuGH, Rs. C-581/17 (Wächtler), ECLI:EU:C:2019:138.

²⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-70/09 (Hengartner), ECLI:EU:C:2010:430; hierzu ausführlich, m.w.N., *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung, 157 ff.

²⁵ EuGH, Rs. C-581/17 (Wächtler), ECLI:EU:C:2019:138.

²⁶ Vgl., jeweils m.w.N., z.B. *Maiani* ZSR 2011 I, 27 ff.; *Oesch* SJZ 2016, 53 ff.; *Cottier* ZSR 2015 I, 325 ff.; *Pirker* ZBl. 2015, 295 ff. Zur Problematik ausführlich bereits *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung, 169 ff.

²⁷ Vgl. insoweit, mit zahlreichen Beispielen, *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, 81 (84 ff.).

II. Zur Regelung der Diplomanerkennung im FZA

1. Art. 9 FZA i.V.m. Anhang III FZA

a) Allgemeines

12. Die Anerkennung von Diplomen, Zeugnissen oder sonstigen Befähigungsnachweisen wird in **Art. 9 FZA** geregelt. Diese Bestimmung verweist auf **Anhang III FZA**, welcher die **Sekundärrechtsakte** aufführt, die im Verhältnis Schweiz-EU anwendbar sind.²⁸ Dabei figurieren in Abschnitt A Anhang III FZA die (auch auf EU-Ebene) rechtlich verbindlichen Sekundärrechtsakte, die – vorbehaltlich genügender Bestimmtheit – unmittelbar anwendbar sind. Den in Abschnitt B Anhang III FZA aufgelisteten Instrumenten kommt innerhalb der EU kein rechtsverbindlicher Charakter zu, weshalb sie auch im Verhältnis Schweiz-EU als solche rechtlich nicht bindend sind.²⁹

Das FZA nahm in seiner ursprünglichen Fassung gemäss Art. 9 FZA und Anhang III FZA Bezug auf die zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens in der EU geltenden Diplomanerkennungsrichtlinien, welche somit auch im Verhältnis Schweiz- EU anwendbar waren. Nachdem auf Unionsebene die Regelungen über die Diplomanerkennung (teilweise) revidiert worden waren, wurde Anhang III FZA entsprechend angepasst. Er verweist nun auch auf die (neue) RL 2005/36 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, so dass die Parallelität der Rechtslage in der Union und im Verhältnis zur Schweiz im Bereich der Diplomanerkennung sichergestellt wurde (und noch auch noch weitgehend ist).³⁰ Allerdings wurden gewisse Anpassungen der RL 2005/36 (noch) nicht in das Freizügigkeitsabkommen übernommen, dies aufgrund der Schwierigkeiten zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Regelung der sog. institutionellen Fragen.³¹

13. Auf der Grundlage dieser Bestimmungen ist die **Schweiz** (auch) für den Bereich der Diplomanerkennung verpflichtet, eine **gleichwertige Rechtslage** wie in der Union auf der Grundlage der aufgeführten **EU-Rechtsakte** zu gewährleisten. Die Union ihrerseits hat schweizerische Ausbildungsabschlüsse entsprechend den relevanten unionsrechtlichen Vorgaben als gleichwertig anzuerkennen.³² Art. 9 FZA bezweckt somit die volle Gewährleistung der freien Personenfreizügigkeit

²⁸ S. insoweit schon oben Rn. 3, 9.

²⁹ Vgl. insoweit auch *Gammenthaler*, Diplomanerkennung, 299 ff.

³⁰ *Epiney/Mosters*, SJER 2013/2014, 57 (93); s. auch den Überblick über die Regelung der Diplomanerkennung im FZA bei *Gammenthaler*, SJER 2008/2009, 419 (420 ff.).

³¹ Vgl. insoweit im Einzelnen *Günthardt*, SJZ 2022, 159 (167 ff.). Allgemein zu den Implikationen des Abbruchs der Verhandlungen zum sog. Rahmenabkommen oder Institutionellen Abkommen (InstA) *Epiney*, Les implications de l'échec des négociations d'un Accord-cadre, *passim*.

³² *Gammenthaler*, Diplomanerkennung, 298.

zwischen der Schweiz und der EU. Damit soll den Staatsangehörigen der Vertragsparteien ein nichtdiskriminierendes System des Zugangs zu wirtschaftlichen Tätigkeiten garantiert werden, dies entsprechend der Rechtslage in der Union.³³

14. Soweit die Auslegung von Anhang III FZA betroffen ist, sind die in diesem aufgeführten EU-Rechtsakte in Anwendung der erwähnten Grundsätze³⁴ parallel wie im EU-Recht auszulegen: Sowohl der Wortlaut – bzw. der direkte Verweis auf das EU-Sekundärrecht – als auch die Zielsetzung des Art. 9 FZA i.V.m. Anhang III FZA lassen klar erkennen, dass die **Rechtslage im Verhältnis zur Schweiz parallel wie im Unionsrecht** gestaltet werden soll.

Auch das Bundesgericht nimmt in seiner Rechtsprechung zu Fragen der Diplomanerkennung nach dem Abkommen regelmässig auf die Rechtslage in der Union und die Rechtsprechung des EuGH Bezug.³⁵

b) Das System der RL 2005/36 – Grundsätze

15. Der Anwendungsbereich der RL 2005/36 erstreckt sich – abgesehen von einigen Ausnahmen, wie z.B. Rechtsanwälte oder Notare, sowie Tätigkeiten in der öffentlichen Verwaltung bzw. die Ausübung öffentlicher Gewalt³⁶ – auf alle **reglementierten Berufe**. Unter solchen reglementierten Tätigkeiten werden alle beruflichen Tätigkeiten verstanden, deren Aufnahme oder Ausübung direkt oder indirekt an den Besitz bestimmter Berufsqualifikationen (Hochschuldiplome, Diplome, Prüfungszeugnisse oder sonstige Befähigungsnachweise) gebunden ist.

Bei einem reglementierten Beruf im Sinn der RL 2005/36 handelt es sich also um eine berufliche Tätigkeit bzw. eine Gruppe beruflicher Tätigkeiten, bei welcher die Aufnahme, die Ausübung bzw. eine der Arten der Ausübung aufgrund von **Rechts- oder Verwaltungsvorschriften**³⁷ entweder direkt oder indirekt das Vorhandensein von bestimmten Berufsqualifikationen voraussetzt.³⁸ Bei einem reglementierten Beruf ist somit eine bestimmte Qualifikation in der Form eines Diploms, Zeugnisses o.ä. erforderlich, welche den erfolgreichen Abschluss einer spezifisch auf

³³ *Epiney/Blaser*, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III, Art. 9, Rn. 4.

³⁴ Rn. 8 ff.

³⁵ Vgl. z.B. BGE 132 II 135 E. 5.

³⁶ S. zu den Ausnahmen Art. 2 Abs. 3 RL 2005/36, Art. 10, 16 Anhang I FZA. Der Begriff der öffentlichen Verwaltung bzw. der Ausübung hoheitlicher Gewalt ist nach ständiger Rechtsprechung eng auszulegen, vgl. z.B. EuGH, verb. Rs. C-372/09, C-373/09 (Josep Penarroja Fa), ECLI:EU:C:2011:156 (in Bezug auf Gerichtsdolmetscher).

³⁷ Entscheidend ist somit, ob eine derartige hoheitliche Regelung vorliegt, vgl. insoweit auch *Berthoud*, Reconnaissance des qualifications professionnelles, 164.

³⁸ S. insoweit auch die Legaldefinition in Art. 3 Abs. 1 lit. a RL 2005/36.

den Beruf vorbereitenden Ausbildung bestätigt.³⁹ Deutlich wird damit auch, dass rein akademische Anerkennungen nicht in den Anwendungsbereich der RL 2005/36 fallen.⁴⁰ Allerdings sind hier ggf. die Grundfreiheiten zu beachten.⁴¹

Die **Reglementierung** von Berufen liegt in der **Kompetenz der einzelnen Mitgliedstaaten** (bzw. der Schweiz), so dass ihnen hierbei ein grosser Handlungsspielraum zukommt, sie freilich aber die Grundfreiheiten zu beachten haben.⁴² Nur falls ein Beruf reglementiert ist, kommt die RL 2005/36 zur Anwendung, so dass die mitgliedstaatlichen Regelungen die Tragweite bzw. den Anwendungsbereich der RL 2005/36 beeinflussen. Nicht reglementierte Berufe setzen keine beruflichen Qualifikationen voraus,⁴³ so dass sich in diesen Fällen die Frage der Anerkennung nicht stellt, da der Zugang sowie die Ausübung solcher Berufe frei zugänglich sind.⁴⁴ Dabei führt der Umstand, dass jeder Staat unterschiedliche Berufe reglementieren kann, zu einer gewissen Intransparenz und hat zur Folge, dass sich die Anerkennung bzw. die Zulässigkeit der Ausübung des betreffenden Berufs von Staat zu Staat unterscheidet.⁴⁵

Der Begriff des reglementierten Berufs ist von demjenigen der **reglementierten Ausbildung** zu unterscheiden. Letzterer bezeichnet ein Studium bzw. einen Ausbildungslehrgang, dessen Struktur und Niveau durch Rechts- und Verwaltungsvorschriften vorgegeben ist und insbesondere auf die Ausübung eines bestimmten Berufs vorbereitet.⁴⁶ Viele reglementierte Ausbildungen sind jedoch nicht auf einen reglementierten Beruf ausgerichtet,⁴⁷ und eine Ausbildung zu einem bestimmten Beruf kann reglementiert sein, während dessen Ausübung keiner Reglementierung unterworfen ist.⁴⁸

16. Die RL 2005/36 gilt für **alle Marktteilnehmer**, seien es abhängig oder selbstständig Beschäftigte, die einen reglementierten Beruf in einem anderen Mitgliedstaat ausüben wollen als dem, in dem sie ihre berufliche Qualifikation erworben

³⁹ *Epiney/Blaser*, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III, Art. 9, Rn. 12. S. insoweit auch EuGH, Rs. C-586/08 (Rubino), ECLI:EU:C:2009:801, wo der EuGH klarstellte, dass der erfolgreiche Abschluss eines Verfahrens (wie das in Italien im Hinblick auf den Zugang zum Beruf des Hochschullehrers), mit dem eine im Voraus festgelegte Anzahl von Personen auf der Grundlage einer vergleichenden Bewertung der Kandidaten ausgewählt wird, nicht als Berufsqualifikation anzusehen sei.

⁴⁰ Vgl. insoweit auch BGE 132 II 135; BGER 2A.331/2002 vom 24.1.2003. Zu dieser Unterscheidung auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesgerichts *Gammenthaler*, SJER 2008/2009, 419 (429 ff.).

⁴¹ S. insoweit noch unten Rn. 21.

⁴² Hierzu unten Rn. 21.

⁴³ *Gammenthaler*, Diplomanerkennung, 288.

⁴⁴ *Berthoud*, Reconnaissance des qualifications professionnelles, 200.

⁴⁵ *Berthoud*, Reconnaissance des qualifications professionnelles, 165 f.

⁴⁶ S. die Legaldefinition in Art. 3 Abs. 1 lit. e) RL 2005/36.

⁴⁷ *Gammenthaler*, Diplomanerkennung, 353 ff.; *Epiney/Blaser*, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III, Art. 9, Rn. 13; hierzu auch *Berthoud*, in: Personenfreizügigkeitsabkommen, 127 (130 ff.).

⁴⁸ *Gammenthaler*, SJER 2008/2009, 419 (432).

haben (Art. 2 Abs. 1 RL 2005/36).⁴⁹ Allerdings betrifft sie nur die für die **Ausübung des betreffenden reglementierten Berufs verlangten Qualifikationen**,⁵⁰ nicht jedoch die sonstigen Bedingungen für die Ausübung des Berufs; hier sind aber die Vorgaben der Grundfreiheiten zu beachten.⁵¹

17. Mit Bezug auf den **Zugang zu einem reglementierten Beruf** im Aufnahme-
staat zwischen der Dienstleistungsfreiheit und Niederlassungsfreiheit zu unter-
scheiden:

- Hinsichtlich der **Dienstleistungsfreiheit** sieht Art. 5 Abs. 1 RL 2005/36 vor, dass die Mitgliedstaaten die Dienstleistungsfreiheit aufgrund der Berufsqualifikation dann nicht einschränken können, wenn der Dienstleistungserbringer im Herkunftsmitgliedstaat zur Ausübung des in Frage stehenden Berufs rechtmässig niedergelassen ist und – im Falle der Nichtreglementierung des Berufs im Herkunftsmitgliedstaat – den Beruf mindestens zwei Jahre während der vorhergehenden zehn Jahre im Herkunfts- bzw. Niederlassungsmitgliedstaat ausgeübt hat. M.a.W. impliziert eine solche **zweijährige Berufstätigkeit** die **Pflicht zur gegenseitigen Anerkennung** im Rahmen der Ausübung der Dienstleistungsfreiheit.⁵²

Begibt sich der Dienstleistungserbringer in einen anderen Mitgliedstaat, so unterliegt er im Aufnahmemitgliedstaat den berufsständischen, gesetzlichen oder verwaltungsrechtlichen Berufsregeln, die dort in unmittelbarem Zusammenhang mit den Berufsqualifikationen für Personen gelten, die denselben Beruf wie er ausüben, und den dort geltenden Disziplinarbestimmungen (Art. 5 Abs. 3 RL 2005/36). Zu diesen Bestimmungen gehören etwa Regelungen über die Definition des Berufs, das Führen von Titeln und schwerwiegende berufliche Fehler in unmittelbarem und speziellem Zusammenhang mit dem Schutz und der Sicherheit der Verbraucher. Gemäss Art. 5 Abs. 1, Art. 6 RL 2005/36 ist der Dienstleistungserbringer jedoch von der Zulassung, Eintragung oder Mitgliedschaft bei einer Berufsorganisation befreit. So entfällt z.B. bei Steuerberatern die obligatorische Kammermitgliedschaft.⁵³

⁴⁹ Sie kommt allerdings nur dann zur Anwendung, wenn sich die betreffende Person in den Aufnahme-
staat begibt, um seine Dienstleistung anzubieten, so dass Korrespondenzdienstleistungen nicht erfasst sind, vgl. EuGH, Rs. C-342/14 (X-Steuerberatungsgesellschaft), ECLI:EU:C:2015:827. Diesfalls ist auf die Grundfreiheiten abzustellen, vgl. insoweit ausführlich *Epiney/Matter*, Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens Schweiz – EU (FZA) im Bereich der Diplomanerkennung, Rn. 21 ff.

⁵⁰ EuGH, Rs. C-125/16 (Malta Dental Technologists Association), ECLI:EU:C:2017:707; EuGH, Rs. C-359/09 (Ebert), ECLI:EU:C:2011:44.

⁵¹ Zu diesen ausführlich *Epiney/Matter*, Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens Schweiz – EU (FZA) im Bereich der Diplomanerkennung, Rn. 21 ff.

⁵² Vgl. zu den Voraussetzungen, unter denen die Dienstleistungsfreiheit betroffen ist, sowie zur Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit EuGH, Rs. C-55/94 (Gebhard), ECLI:EU:1995:411.

⁵³ S. auch schon EuGH, Rs. C-58/98 (Corsten), ECLI:EU:C:2000:527, Rn. 44 ff.

- Bezüglich der **Niederlassung** gelten präzisere und abgestufte Anerkennungsregeln, wobei gemäss Art. 11 RL 2005/36 fünf Berufsqualifikationsniveaus zu unterscheiden sind, die eine leichtere Vergleichbarkeit der Qualifikationsniveaus in den Mitgliedstaaten erreichen sollen. Im Einzelnen werden hier **drei verschiedene Anerkennungssysteme** unterschieden: die **automatische Anerkennung** (Art. 21 ff. RL 2005/36), die **Anerkennung aufgrund von Berufserfahrung** (Art. 16 ff. RL 2005/36) und das sog. **allgemeine Anerkennungssystem** (Art. 10 ff. RL 2005/36).

Dabei sind von der RL 2005/36 lediglich **staatliche oder staatlich anerkannte Diplome bzw. Ausbildungsnachweise** erfasst.⁵⁴ So sprechen z.B. Art. 13 Abs. 1 lit. a), Art. 13 Abs. 2 lit. a) RL 2005/36 davon, dass der Ausbildungsnachweis in einem Mitgliedstaat von einer entsprechend dessen Rechts- und Verwaltungsvorschriften benannten zuständigen Behörde ausgestellt worden sein muss, und Art. 3 Abs. 1 lit. d) RL 2005/36 definiert den Begriff der «zuständigen Behörde» als jede von den Mitgliedstaaten mit der besonderen Befugnis ausgestattete Behörde oder Stelle, Ausbildungsnachweise und andere Dokumente oder Informationen auszustellen. Deutlich wird damit, dass es nur, aber immerhin, um eine irgendwie geartete staatliche Anerkennung des Ausbildungsnachweises gehen muss, so dass auch von privaten Institutionen ausgestellter Ausbildungsnachweise, die aufgrund von Rechts- und Verwaltungsvorschriften **akkreditiert** sind, erfasst werden.⁵⁵

Dieses Erfordernis der staatlichen Anerkennung ist vor dem Hintergrund des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung zu sehen, wonach die EU-Mitgliedstaaten sich gegenseitiges Vertrauen in den Bereichen entgegenbringen, welche sie reglementieren oder anerkennen.⁵⁶ Einem Diplom einer privaten Institution ohne staatliche Anerkennung fehlt die staatliche Kontrolle, so dass es auch nicht anerkannt werden kann.⁵⁷

18. Im vorliegenden Zusammenhang ist das **allgemeine Anerkennungssysteme** – welches dann zum Zuge kommt, wenn weder das sektorale bzw. «automatische»

⁵⁴ Die RL 2005/36 setzt hinsichtlich der Anerkennung nicht voraus, dass die Berufsqualifikation durch eine staatliche Behörde ausgestellt worden ist. Vielmehr können auch vom Staat bezeichnete Behörden bzw. Stellen mit der Kompetenz versehen werden, Ausbildungsnachweise zu erstellen. Vgl. dazu BGer 2C_662/2018 und 2C_663/2018 vom 25.2.2019, E. 3.3.2.

⁵⁵ Ausdrücklich *Berthoud*, *Reconnaissance des qualifications professionnelles*, 101. S. insoweit auch BGer 2C_662/2018 und 2C_663/2018 vom 25.2.2019, wo das Bundesgericht festhielt, die Diplome müssten von der zuständigen Stelle in dem betreffenden Mitgliedstaat ausgestellt worden sein, welche der Staat bestimme. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz müsse es sich dabei jedoch nicht um eine staatliche Behörde handeln.

⁵⁶ Vgl. zum Ganzen *Berthoud*, *Reconnaissance des qualifications professionnelles*, 96 ff. Aus der Rechtsprechung EuGH, Rs. C-424/09 (Ioanni Toki), ECLI:EU:C:2011:210.

⁵⁷ Bei Ausbildungen, welche sowohl private als auch staatliche Module enthalten, werden die privaten nicht anerkannt und Ausgleichsmassnahmen verlangt. Vgl. dazu BVGer B-6723/2009 vom 24.10.2013, E. 3; *Berthoud*, *Reconnaissance des qualifications professionnelles*, 97 f.

Anerkennungssystem einschlägig noch eine Anerkennung aufgrund von Berufserfahrung möglich ist⁵⁸ – von besonderer Relevanz. Diesem in Art. 10 ff. RL 2005/36 geregelten System kommt damit insofern ein transversaler und subsidiärer Charakter zu, als das Anerkennungssystem auf alle reglementierten Berufe anwendbar ist, welche von keinem der anderen Systeme erfasst sind.⁵⁹ Die Grundidee dieses allgemeinen Anerkennungssystems geht dahin, dass die Mitgliedstaaten im Einzelfall die **Gleichwertigkeit der absolvierten Ausbildung** im Verhältnis zu der von ihnen verlangten (inländischen) Ausbildung **überprüfen** (müssen)⁶⁰ und Ausgleichsmassnahmen (nur) verlangen dürfen, wenn und soweit wesentliche Unterschiede zur inländischen Ausbildung festgestellt werden. Dabei enthält die RL 2005/36 (insofern im Gegensatz zum Primärrecht bzw. letztlich in Präzisierung der primärrechtlichen Grundsätze) gewisse Vorgaben hinsichtlich der Anerkennung, da eine grundsätzliche Anerkennung (unter Vorbehalt von ggf. zulässigen Ausgleichsmassnahmen) bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen erfolgen muss. Diese unterscheiden sich je nachdem, ob der Beruf lediglich im Aufnahmestaat oder auch in demjenigen Staat reglementiert ist, welcher das Diplom bzw. den Ausbildungsnachweis ausgestellt hat (vgl. Art. 13 RL 2005/36):

- **Diplome aus Staaten**, in welchen der **Beruf nicht reglementiert** ist, werden anerkannt, sofern vier Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 13 Abs. 2 RL 2005/36): Die antragstellende Person muss grundsätzlich den Beruf während zwei Jahren vollzeitlich in den letzten zehn Jahren in einem Mitgliedstaat ausgeübt haben,⁶¹ welcher den Beruf nicht reglementiert hat, und mindestens einen Befähigungs- oder Ausbildungsnachweis besitzen (1). Des Weiteren muss das anzuerkennende Diplom von einer staatlichen Behörde ausgestellt worden oder staatlich anerkannt sein (2),⁶² wobei die im Diplom validierte

⁵⁸ S. diesbezüglich die Präzisierungen in Art. 10 RL 2005/36 für diejenigen Konstellationen, in denen an sich die anderen Anerkennungssysteme einschlägig wären, es aber um Fälle geht, in denen der Antragsteller aus besonderen und aussergewöhnlichen Gründen die in diesen Kapiteln genannten Voraussetzungen nicht erfüllt. Hierzu EuGH, Rs. C-477/13 (Angerer), ECLI:EU:C:2015:239.

⁵⁹ Es kann jedoch vorkommen, dass keines der drei Anerkennungssysteme anwendbar ist. In solchen Fällen sind die allgemeinen Bestimmungen der Personenfreizügigkeit, vgl. insofern auch noch unten Rn. 20 ff. sowie *Berthoud*, Reconnaissance des qualifications professionnelles, 301 f., einschlägig.

⁶⁰ Das System impliziert somit eine Pflicht zur Überprüfung der Gleichwertigkeit, vgl. aus der schweizerischen Rechtsprechung z.B. BGer 2C_472/2017 vom 7.12.2017; BVGer B-5372/2015 vom 4.4.2017; BGer 2C_472/2017 vom 7.12.2017 E. 3; BVGer B-5372/2015 vom 4.4.2017; BVGer B-3440/2015 vom 17.8.2017 insb. E. 3.6.3; speziell mit Bezug zur Osteopathie BGer 2C_662/2018 und 2C_663/2018 vom 25.2.2019 E. 3-4; BVGer B-2844/2020 vom 18. März 2022 E.3.4.

⁶¹ Wobei Art. 13 Abs. 2 RL 2005/36 auch Ausnahmen davon vorsieht. Vgl. in Bezug auf die Anforderungen an die Berufserfahrung noch unten Rn. 26.

⁶² Zu diesem Erfordernis schon oben Rn. 17.

Berufsqualifikation gleichwertig⁶³ sein muss wie jene welche von Inländern verlangt wird (3). Ferner muss die Berufsqualifikation bestätigen, dass der Inhaber des Diploms auf die Ausübung des in Frage stehenden Berufs vorbereitet worden ist (4).

- Ist der in Frage stehende **Beruf sowohl im Herkunftsstaat als auch im Aufnahmestaat reglementiert**, entfallen die Voraussetzungen bezüglich der Berufserfahrung sowie die Bestätigung bezüglich der Vorbereitung auf den Beruf (Art. 13 Abs. 1 RL 2005/36).

19. Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen und soweit im Rahmen des Vergleichs der Ausbildungen keine wesentlichen Unterschiede festgestellt werden können, ist das **Diplom anzuerkennen**. Wenn hingegen bei der Prüfung der ausländischen Ausbildungsnachweise **wesentliche Unterschiede** zu den verlangten inländischen Nachweisen festgestellt werden, hat die zuständige Behörde zu prüfen, ob die Berufserfahrung der gesuchstellenden Person diese Lücken aufzuwiegen vermag (Art. 14 Abs. 5 RL 2005/36).⁶⁴ Wenn dies verneint wird, hat die Behörde einen begründeten Entscheid zu erlassen und **Ausgleichsmassnahmen** anzuordnen (Art. 14 Abs. 1 RL 2005/36).⁶⁵ Die Auferlegung von Ausgleichsmassnahmen nach Art. 14 Abs. 1 RL 2005/36 setzt damit eine Prüfung voraus, mit der die zuständige Behörde des Aufnahmemitgliedstaats feststellen soll, ob möglicherweise zwischen

⁶³ Die Beurteilung der Gleichwertigkeit des ausländischen Diploms wird auf der Grundlage der Kenntnisse und Qualifikationen vorgenommen, welche das vorliegende Diplom unter Berücksichtigung der Dauer des Studiums sowie der praktischen Ausbildung dem Inhaber des Diploms vermutungsweise zuspricht, vgl. *Berthoud*, Reconnaissance des qualifications professionnelles, 305 f. Vgl. dazu auch BVGer B-6195/2008 vom 21.4.2009, E. 2.

⁶⁴ Fälle, in welchen die Berufserfahrung die wesentlichen Unterschiede zu kompensieren vermag, sind jedoch selten, vgl. *Berthoud*, Reconnaissance des qualifications professionnelles, 311 ff., m.w.N. Im Übrigen ist die Berufserfahrung nach der RL 2005/36 nur dann zu berücksichtigen ist, wenn die entsprechende Tätigkeit nach der Erlangung der Berechtigung zur Ausübung eines reglementierten Berufs in dem entsprechenden Mitgliedstaat erfolgt war, vgl. EuGH, verb. Rs. C-422/09, C-425/09, C-426/09 (*Vandorou*), ECLI:EU:C:2010:732. S. ansonsten zur Berücksichtigung der Berufspraxis aus der Rechtsprechung z.B. BVGer B-374/2021 vom 29.10.2021 E. 6.2 mit Verweis auf EuGH Rs. C-426/09, *Askoxilakis*, ECLI:EU:C:2010:54, Rn. 69; BGer 2C_422/2020 vom 5.1.2021 E. 6.3.3; BVGer B-1184/2020 vom 25.5.2021 E. 5.4. Danach sei zu prüfen, ob die allfällige Berufserfahrung des Betroffenen wesentliche Unterschiede in der Ausbildung auszugleichen vermöge. Die Aufsicht durch einen qualifizierten Berufsangehörigen stelle nur einen Indikator für die Anrechnung der Erfahrung dar. Es sei jegliche berufsspezifische praktische Erfahrung zu berücksichtigen. Die als selbständige Psychotherapeutin erworbene Berufserfahrung einer klinischen Psychologin sei daher bei der Entscheidung betreffend die Anerkennung als Psychotherapeutin miteinzubeziehen. Die Tatsache des fehlenden Nachweises einer Supervision durch einen Psychotherapeuten ändere hieran nichts. S. im Ergebnis ebenso – mit Bezug zur Osteopathie – BGer 2C_422/2020 vom 5.1.2021; s. weiter BGer 2C_668/2018 vom 25.2.2019.

⁶⁵ Hierzu im Einzelnen *Berthoud*, Reconnaissance des qualifications professionnelles, 310 ff.

der bisherigen Ausbildung des Antragstellers und der inländischen Ausbildung wesentliche Unterschiede bestehen. Dies impliziert auch, dass die Feststellung bzw. die Prüfung der Gleichwertigkeit nicht von weiteren bzw. zusätzlichen Kriterien abhängig gemacht werden darf, so dass die Ausgleichsmassnahmen keine «Zulassungsbedingungen» vorsehen dürfen.⁶⁶ Bei der Festlegung der nach der RL 2005/36 grundsätzlich zulässigen Ausgleichsmassnahmen sind somit sowohl die bereits erfüllten Voraussetzungen auf Seiten des Bewerbers als auch die inländischen Ausbildungsanforderungen im Einzelfall genauer zu prüfen, wodurch die legitimen Interessen an der Einhaltung der festgelegten Qualifikationen geschützt werden sollen, ohne dass die Ausgleichsmassnahmen für protektionistische Zwecke missbraucht werden dürfen.⁶⁷

Wesentliche Unterschiede dürfen nur bei ins Gewicht fallenden Differenzen der betroffenen Ausbildungen angenommen werden (s. insoweit auch Art. 14 Abs. 4 RL 2005/36).⁶⁸ Im Übrigen ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten (Art. 14 Abs. 5 RL 2005/36), und letztlich geht es darum, ein Gleichgewicht zwischen den Interessen der Reglementierung sowie den Rechten der Betroffenen zu finden.⁶⁹ Entscheidend muss daher sein, ob die betroffene Person über ausreichende Fähigkeiten verfügt, damit den Zielsetzungen der Reglementierung Rechnung getragen werden kann. Den Vergleich der Ausbildungen nimmt die zuständige Behörde anhand des eingereichten Dossiers vor. Die Informationen sind demnach von der gesuchstellenden Person einzureichen und idealerweise mit einer kurzen Erklärung bezüglich des Inhalts und die Art des Unterrichts zu versehen.⁷⁰ Die Rechtsprechung hat aber auch präzisiert, dass die Ausführungen

⁶⁶ EuGH, Rs. C-729/17 (Kommission/Griechenland), ECLI:EU:C:2019:534; EuGH, Rs. C-118/09 (Koller), ECLI:EU:C:2010:805.

⁶⁷ Vgl. aus der schweizerischen Rechtsprechung zur Zulässigkeit und Ausgestaltung von Ausgleichsmassnahmen z.B. BGer 2C_532/2022 vom 17.1.2023 E. 5; BVGer B-5437/2020 vom 20.7.2022; BVGer B-1332/2014 vom 7.5.2015 E. 5.2; BVGer B-2762/2021 vom 19.12.2022 E. 10.1 f.; BVGer B-5953/2020 vom 6.5.2022.

⁶⁸ Hierbei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, weshalb der zuständigen Behörde ein gewisser Ermessensspielraum zukommt, dessen Ausübung nur beschränkt gerichtlich überprüft werden kann. Wesentliche Unterschiede können z.B. darin bestehen, dass gewisse Fachbereiche nicht abgedeckt worden sind, Kenntnisse im nationalen Recht oder Kenntnisse bezüglich inländischer Institutionen fehlen oder dass sich die im Rahmen der Ausbildung erlangten Berufsqualifikationen stark unterscheiden. Vgl. dazu *Berthoud*, *Reconnaissance des qualifications professionnelles*, 307 f. Aus der Rechtsprechung z.B. BVGer B-1332/2014 vom 7.5.2015 E. 5.2; BVGer B-373/2021 vom 30.8.2022 E. 6.2; BVGer B-1332/2014 vom 7.5.2015 E. 5.2 (letzteres Urteil mit Bezug zur Osteopathie).

⁶⁹ S. insoweit auch *Berthoud*, *Reconnaissance des qualifications professionnelles*, 305 f. Für die entsprechende Prüfung dürfen nur die in Anhang VII RL 2005/36 genannten Unterlagen und Bescheinigungen verlangt werden (Art. 50 Abs. 1 RL 2005/36). Diese Aufzählung ist abschliessend, vgl. EuGH, R. C-729/17 (Kommission/Griechenland), ECLI:EU:C:2019:534.

⁷⁰ Vgl. *Berthoud*, *Reconnaissance des qualifications professionnelles*, 309. S. ansonsten noch die verfahrensrechtlichen Vorgaben in Art. 51 RL 2005/36: Die zuständige Behörde hat den Eingang eines Gesuchs um Anerkennung innerhalb eines Monats zu bestätigen. Damit

zu (angeblichen) erheblichen Unterschieden in der Ausbildung hinreichend präzise sein müssten, so dass die zuständige Behörde einen eigentlichen Vergleich der Unterrichtsfächer und der Ausbildungsstunden vornehmen müsse. Das Vorbringen, es bestehe eine Lücke, reiche nicht aus; vielmehr benötige die Behörde sachliche Elemente für diese Feststellung. Bei fehlenden Angaben zum Inhalt und zur Dauer der Ausbildung erschliesse sich die Grundlage der Entscheidungsfindung nicht, so dass die Vorinstanz demnach weitere Abklärungen vorzunehmen habe.⁷¹

Soweit Ausgleichsmassnahmen angeordnet werden dürfen, kann grundsätzlich die gesuchstellende Person die **Form der Ausgleichsmassnahmen** bestimmen.⁷² Zur Auswahl steht einerseits das Ablegen einer Eignungsprüfung. Diese Variante eignet sich insbesondere für Personen, welche innert nützlicher Frist darlegen wollen, dass sie über die geforderten Qualifikationen verfügen. Die Eignungsprüfung kann entweder in schriftlicher Form, mündlich, theoretisch oder praktisch (oder beides) durchgeführt werden. Die Dauer kann von einigen Stunden bis hin zu ein oder zwei Tagen betragen.⁷³ Die andere Variante besteht in der Absolvierung eines Anpassungslehrgangs. Dabei übt die gesuchstellende Person die entsprechende Tätigkeit im Aufnahmestaat unter Aufsicht einer Fachperson aus, wobei auch eine zusätzliche Ausbildung angeordnet werden kann. Letztlich wird der Anpassungslehrgang einer Beurteilung unterzogen. Die Einzelheiten zu dieser Form von Ausgleichsmassnahmen werden jeweils von der zuständigen Behörde des Aufnahmestaates festgelegt. Diese Variante richtet sich an Personen, welche die fehlenden Kenntnisse im Rahmen dieses Anpassungslehrgangs erwerben wollen. Dieser darf längstens drei Jahre dauern, wobei der zuständigen Behörde dabei ein grosses Ermessen zukommt. In vielen Fällen dauert ein solcher Anpassungslehrgang zwischen sechs und zwölf Monaten.⁷⁴ Da die gesuchstellende Person zwischen diesen beiden Varianten wählen kann, müssen beide im Entscheid über die Ausgleichsmassnahmen unter Angabe u.a. der Dauer des Anpassungslehrgang, der Art der Prüfung sowie deren Bewertung etc. aufgeführt werden.⁷⁵

2. Grundfreiheiten und Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit

20. Die eben erwähnten spezifischen Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens bezüglich der Diplomanerkennung, also Art. 9 i.V.m. Anhang III FZA, betreffen lediglich durch das übernommene **EU-Sekundärrecht geregelte Fragen der Diplomanerkennung**. Damit sie zum Zuge kommen können, muss demnach

verbunden wird ggf. die Aufforderung, bestimmte Unterlangen nachzureichen. Das Verfahren um Anerkennung hat spätestens nach drei Monaten, nachdem die Unterlagen vollständig eingereicht worden sind, abgeschlossen zu sein. Den Entscheid hat die zuständige Behörde zu begründen sowie mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Der Rechtsweg bestimmt sich nach innerstaatlichem Recht.

⁷¹ BVGer B-3807/2021 vom 18.1.2021. Ebenfalls an die Vorinstanz zurückgewiesen (wegen fehlender Abklärung der Gleichwertigkeit eines ausländischen Diploms, welches von einer anerkannten Hochschule verliehen worden war) BVGer 2844/2020 vom 18.3.2022 (in Bezug auf die Osteopathie).

⁷² Zu den Ausnahmen *Berthoud*, Reconnaissance des qualifications professionnelles, 324 ff.

⁷³ *Berthoud*, Reconnaissance des qualifications professionnelles, 318 ff., m.w.N.

⁷⁴ Hierzu *Berthoud*, Reconnaissance des qualifications professionnelles, 321 ff., m.w.N.

⁷⁵ *Berthoud*, Reconnaissance des qualifications professionnelles, 324.

ihr Anwendungsbereich eröffnet sein, und nach wie vor gibt es zahlreiche Fallgestaltungen, in denen dies nicht der Fall ist.⁷⁶

21. Soweit eine bestimmte Frage der Anerkennung von Diplomen, Ausbildungen oder auch Berufserfahrungen nicht von diesen Regelungen erfasst ist, sind in der **Union die Grundfreiheiten** einschlägig. Diese stehen in ihrem Anwendungsbereich **materiellen Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit** sowie **Beschränkungen**⁷⁷ grundsätzlich entgegen, erfassen darüber hinaus auch Beschränkungen, wobei eine **Rechtfertigung** aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls möglich ist, soweit den Anforderungen der Verhältnismässigkeit Rechnung getragen wird.⁷⁸

Die Einschlägigkeit des Primärrechts im Falle der Verneinung der Anwendbarkeit der RL 2005/36 (z.B. weil die Anerkennungsbedingungen des Art. 13 RL 2005/36 nicht erfüllt sind) könnte *a priori* unter Hinweis auf die diesbezüglich (vermeintlich) abschliessende Regelung in der RL 2005/36 bezweifelt werden.⁷⁹ Hiergegen sprechen jedoch nicht nur überzeugende (rechtsdogmatische) Gründe,⁸⁰ sondern der EuGH hat diesen Grundsatz mittlerweile auch explizit mit Bezug auf die RL 2005/36 anerkannt,⁸¹ und auch die schweizerische Rechtsprechung geht in Bezug auf das Freizügigkeitsabkommen von diesem Ansatz aus.⁸² Damit regelt die RL 2005/36 nur (aber immerhin), unter welchen Voraussetzungen jedenfalls eine Anerkennungspflicht besteht (wobei ggf. Ausgleichsmassnahmen gefordert werden dürfen); ihr können aber keine abschliessenden Aussagen über die Möglichkeiten der Nichtanerkennung entnommen werden. Damit sind mitgliedstaatliche Anforderungen an für den Zugang zu einem reglementierten Beruf notwendige Qualifikationen am Massstab der Grundfreiheiten zu messen, soweit die Voraussetzungen eines der Anerkennungssysteme der RL 2005/36 nicht greifen. Die Mitgliedstaaten haben somit bei einem Antrag auf Zulassung zu einem reglementierten Beruf in jedem Fall sämtliche Diplome, Prüfungszeugnisse oder sonstige Befähigungsnachweise sowie die einschlägige Erfahrung des

⁷⁶ Vgl. die Beispiele aus der Rechtsprechung: EuGH, Rs. C-298/14 (Brouillard), ECLI:EU:C:2015:652; EuGH, Rs. C-342/14 (X-Steuerberatungsgesellschaft), ECLI:EU:C:2015:827.

⁷⁷ Im EU-Recht erübrigt sich insofern häufig die Unterscheidung bzw. Abgrenzung zwischen (materiell) diskriminierenden und beschränkenden Regelungen. Hingegen ist die Frage, ob auch dem Freizügigkeitsabkommen Beschränkungsverbote zu entnehmen sind, umstritten und gerichtlich noch nicht geklärt. Vgl. hierzu, m.w.N., *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, 81 (90 ff.); *Günthardt*, Jusletter vom 14. Juni 2021, Rn. 25 ff. S. auch EuGH, Rs. C-58117 (Wächtler), ECLI:EU:C:2019:138, der offenbar davon ausgeht, dass das FZA auch ein Beschränkungsverbot verankert.

⁷⁸ Vgl. zu diesen allgemeinen Grundsätzen nur, m.w.N., *Epiney*, in: Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, EU, § 10, Rn. 9 ff.

⁷⁹ Vgl. zur Thematik *Epiney*, AJP 2021, 849 (857 ff.).

⁸⁰ S. so ausführlich schon *Epiney*, AJP 2021, 849 (851 ff.).

⁸¹ EuGH, Rs. C-577/20 (Sosiaali- ja terveystienon lupajärjestelmä), ECLI:EU:C:2022:467.

⁸² BVGer B.603/2021 vom 9.11.2022 E. 2; BVGer B-373/2021 vom 30.8.2022 E. 7.

Betroffenen zu berücksichtigen und auf ihre Gleichwertigkeit mit den inländischen Anforderungen zu prüfen; dieser Grundsatz kann nicht durch den Erlass von Sekundärrecht über die gegenseitige Anerkennung relativiert werden.⁸³

22. Das Freizügigkeitsabkommen verankert ebenfalls ein **Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit**: Nach **Art. 2 FZA** werden die Staatsangehörigen der Vertragsparteien, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten, bei der Anwendung des Abkommens gemäss den Anhängen I-III nicht aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert. Art. 9 Anhang I FZA (in Bezug auf Arbeitnehmer), Art. 15 Anhang I FZA (in Bezug auf niederlassungswillige natürliche Personen)⁸⁴ sowie Art. 17 (in Bezug auf Dienstleistungserbringer) greifen dieses Verbot auf.

23. Sowohl in der Literatur⁸⁵ als auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichts⁸⁶ und des EuGH⁸⁷ besteht Einigkeit darüber, dass diese **Diskriminierungsverbote an das Unionsrecht** angelehnt bzw. von diesem übernommen sind und daher der Grundsatz der parallelen Auslegung zum Zuge kommt, so dass diesen Vorschriften insoweit dieselbe Bedeutung beizumessen ist wie im Unionsrecht.

Insbesondere sieht das Bundesgericht auch materielle (oder indirekte) Diskriminierungen als von Art. 2 FZA erfasst an.⁸⁸

⁸³ EuGH, Rs. C-166/20 (Lietuvos Respublikos sveikatos apsaugos ministerija), ECLI:EU:C:2021:554.

⁸⁴ Im Gegensatz zum EU-Recht können sich nur natürliche Personen auf die Niederlassungsfreiheit des FZA berufen, vgl. EuGH, Rs. C-351/08 (Grimme), ECLI:EU:C:2009:697; EuGH, Rs. C-541/08 (Fokus Invest), ECLI:EU:C:2010:74.

⁸⁵ Vgl., m.w.N., *Epiney/Blaser*, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III, Art. 2, Rn. 1 ff.; *Epiney*, SJZ 2009, 25 ff.; ausführlich zum Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und im Ergebnis wie hier *Boillet*, Interdiction de discrimination, 99 ff.

⁸⁶ Vgl. deutlich schon BGE 136 II 241, E. 12: „Le principe de non-discrimination de l’art. 2 ALCP correspondant à l’art. 12 TCE (...), il convient de tenir compte de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice (...)“. S. sodann BGer 2A.325/2004 vom 25.8.2005 E. 3.3; BGer 2C_42/2007 vom 30.11.2007 E. 3.6; BGer 2C_21/2010 vom 23.11.2010; BGer 4A_230/2018 vom 15.1.2019; BGE 140 II 364; BGer 2C_53/2010 vom 21.3.2011; BGE 130 I 26; BGer 1C_136/2018 vom 26.11.2018; BGE 145 I 73; BGE 129 I 392 E. 3.2; BGE 131 V 209; BGE 134 II 10 E. 3.6; BGE 140 II 364 E. 6.1; BGer 4A_230/2018 vom 15.1.2019 E. 2.1; s. weiter BGE 129 I 399 E. 3.2.3, wonach Art. 2 FZA neben dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV auch das Verbot unterschiedlicher Behandlung im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäss Art. 45 Abs. 2 AEUV für das Verhältnis Schweiz – EU übernehme.

⁸⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-506/10 (Graf), ECLI:EU:C:2011:643; EuGH, Rs. C-478/15 (Radgen), ECLI:EU:C:2016:705.

⁸⁸ BGer 2C_53/2010 vom 21.3.2010; BGer 2C_21/2010 vom 23.11.2010; BGE 130 I 26.

Ebenso wie Art. 18 AEUV kommt Art. 2 FZA nur subsidiär zur Anwendung, so dass sich ein Rückgriff auf diese Vorschrift erübrigt, wenn ein spezifisches Diskriminierungsverbot einschlägig ist (wie z.B. Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA).⁸⁹ Daher ist Art. 2 FZA vor allem für Nichterwerbstätige und allenfalls gewisse Begleitrechte von Bedeutung, wobei das Bundesgericht Art. 2 FZA mitunter auch ergänzend zu einem speziellen Verbot (wie z.B. Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA) heranzieht.⁹⁰

24. Auf dieser Grundlage können die diesbezüglichen Vorgaben bzw. die **Tragweite der Verbote der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit** (Art. 9, 15, 17 Anhang I FZA) für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung – d.h. mit Blick auf die Frage der Diplomanerkennung bzw. der Pflicht, bereits erlangte Qualifikationen zu prüfen und ggf. (teilweise) anzuerkennen – wie folgt zusammengefasst werden:⁹¹

- Der **materielle Anwendungsbereich** der Art. 9, 15, 17 Anhang I FZA muss eröffnet sein. Dies ist für den Fall, dass der **Zugang zu einem bestimmten Beruf** betroffen ist, jedenfalls zu bejahen, geht es doch – je nach Konstellation – bei diesem Zugang um die Wahrnehmung der Arbeitnehmerfreizügigkeit, der Niederlassungsfreiheit oder der Dienstleistungsfreiheit. Daher umfasst der materielle Anwendungsbereich der genannten Vorschriften die beruflichen Qualifikationen, welche zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit nötig sind.⁹²

Zu beachten gilt es, dass das FZA – ebenso wie die Grundfreiheiten – hinsichtlich gewisser Berufe (Tätigkeiten der öffentlichen Verwaltung bzw. Ausübung öffentlicher Gewalt)⁹³ nicht zur Anwendung gelangt, wobei diese Ausnahmen – wie im EU-Recht – eng auszulegen sind.⁹⁴ Ferner können zwischen der Schweiz sowie EU-Mitgliedstaaten abgesehen vom

⁸⁹ *Epiney/Blaser*, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III, Art. 2 ALCP Rn. 3, 13; *Boillet*, Interdiction de discrimination, 56, 156, 160.

⁹⁰ S. BGer 1C_136/2018 vom 26.11.2018 (wo das Bundesgericht eine kantonale Initiative, die einen «Inländervorrang» bei der Anstellung vorsah, für mit Art. 2 FZA, Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA unvereinbar ansah und die Initiative daher für ungültig erklärte).

⁹¹ Vgl. auch die Beispiele aus der Rechtsprechung: EuGH, Rs. C-298/14 (Brouillard), ECLI:EU:C:2015:652; EuGH, Rs. C-342/14 (X-Steuerberatungsgesellschaft), ECLI:EU:C:2015:827. S. sodann *Epiney/Blaser*, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III, Art. 9, Rn. 3. Zu den allgemeinen Grundsätzen des EU-Rechts *Epiney*, in: Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, § 10, Rn. 9 ff.

⁹² Hingegen wird der Zugang zu einer Ausbildung nicht von diesen Bestimmungen erfasst; hier können aber ggf. andere Diskriminierungsverbote oder (subsidiär) Art. 2 FZA zum Zuge kommen, vgl. *Epiney/Blaser*, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III, Art. 9, Rn. 11.

⁹³ Vgl. dazu Art. 10 FZA (betreffend Arbeitnehmer) und Art. 15 Anhang I FZA (betreffend selbständig Erwerbstätige).

⁹⁴ S. z.B. EuGH, Rs. C-404/05 (Kommission/Deutschland); ECLI:EU:C:2007:723; EuGH, verb. Rs. C-372/09, C-373/09 (Josep Penarroja Fa), ECLI:EU:C:2011:156; hierzu auch *Gammenthaler*, Diplomanerkennung, 270 f.

FZA auch bilaterale oder andere internationale Abkommen im Bereich der Diplomanerkennung einschlägig sein (s. insoweit Art. 22 FZA).

- **Berechtigt** sind die **Staatsangehörigen der Vertragsparteien** sowie ggf. Familienangehörige.
- **Verpflichtet** sind jedenfalls **staatliche Behörden**, worunter auch natürliche oder juristische Personen zu verstehen sind, die im Auftrag des Staates handeln, die mit besonderen Befugnissen ausgestattet sind oder deren Tätigkeit eine besondere, gesetzlich vorgesehene Wirkung entfaltet.⁹⁵

Darüber hinaus können die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit aber auch kollektiv handelnden Privaten gegenüber geltend gemacht werden,⁹⁶ und die Rechtsprechung geht bei diskriminierenden Massnahmen gar von einer umfassenden Drittwirkung aus.⁹⁷

- Art. 9, 15, 17 Anhang I FZA erfassen sowohl **formelle** als auch **materielle Diskriminierungen** aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Erstere liegen vor, wenn das Differenzierungskriterium die Staatsangehörigkeit selbst ist, letztere, wenn zwar auf ein anderes Kriterium abgestellt wird, jedoch im Ergebnis gleichwohl eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit «bewirkt» wird, weil typischerweise Angehörige eines bestimmten Mitgliedstaats bevorzugt (oder benachteiligt) werden.⁹⁸ Dabei verlangt der Gerichtshof in diesem Zusammenhang keine statistischen Nachweise, sondern stellt darauf ab, dass das gewählte Kriterium die Gefahr mit sich bringt, dass in erster Linie oder in besonderem Mass EU-Ausländer benachteiligt werden. Dies ist regelmässig dann der Fall, wenn das Unterscheidungskriterium einen besonderen Bezug zu einem Mitgliedstaat aufweist, wie z.B. Wohnsitz oder Ausbildungsort.⁹⁹ Damit kann das Vorliegen einer materiellen Diskriminierung bereits allein durch die Analyse der betreffenden Vorschrift oder Massnahme festgestellt werden, ohne dass empirische Nachweise notwendig sind.

⁹⁵ Vgl. insoweit EuGH, Rs. C-325/00 (Kommission/Deutschland), ECLI:EU:C:2002:633; EuGH, Rs. C-171/11 (Frau.bo/DVGW), ECLI:EU:C:2012:453.

⁹⁶ S. schon EuGH, Rs. 36/74 (Walrave), ECLI:EU:C:1974:140; EuGH, Rs. 13/76 (Dona/Mantero), ECLI:EU:C:1976:115; s. sodann EuGH, Rs. C-415/93 (Bosman), ECLI:EU:C:1995:463; EuGH, Rs. C-438/05 (Viking), ECLI:EU:C:2007:772; EuGH, Rs. C-341/05 (Laval), ECLI:EU:C:2007:809.

⁹⁷ EuGH, Rs. C-281/98 (Angonese), ECLI:EU:C:2000:296; EuGH, Rs. C-94/07 (Raccanelli), ECLI:EU:C:2008:425.

⁹⁸ S. z.B. EuGH, Rs. C-172/11 (Erny), ECLI:EU:C:2012:157.

⁹⁹ Beim Abstellen auf diese Kriterien geht der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung vom Vorliegen einer materiellen Diskriminierung aus, vgl. z.B. EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), ECLI:EU:C:2003:30; EuGH, Rs. C-224/98 (d'Hoop), ECLI:EU:C:2002:432; EuGH, Rs. C-73/08 (Bressol), ECLI:EU:C:2010:181.

- Soweit der Zugang zu einem bestimmten Beruf von der Absolvierung einer im Inland zu durchlaufenden Ausbildung oder von einem bestimmten **inländischen Diplom** abhängig gemacht wird, besteht die Gefahr, dass in erster Linie EU-Ausländer benachteiligt werden, weist dieses Kriterium doch einen besonderen Bezug zu dem jeweiligen Staat auf. Insofern ist eine **materielle Diskriminierung** zu bejahen.¹⁰⁰
- Materielle Diskriminierungen (und Beschränkungen) können aber **gerechtfertigt** werden, wobei sowohl geschriebene Rechtfertigungsgründe (**öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit**, s. insoweit Art. 39 Abs. 3, 52 Abs. 1 AEUV sowie Art. 5 Anhang I FZA) als auch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe (**zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls**) anerkannt sind. Bei letzteren handelt es sich letztlich um alle öffentlichen Interessen (mit Ausnahme sog. wirtschaftlicher Interessen),¹⁰¹ so z.B. die Erhaltung des finanziellen Gleichgewichts der Systeme sozialer Sicherheit,¹⁰² die «Einheitlichkeit des nationalen Bildungssystems»¹⁰³ oder auch die Qualität der medizinischen Versorgung.¹⁰⁴
- Jedoch muss die Massnahme dem Grundsatz der **Verhältnismässigkeit** genügen – so dass sie und damit gerade die Differenzierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit geeignet zur Erreichung des angestrebten Ziels sein (wobei im Zusammenhang mit diesem Kriterium auch die Kohärenz der Massnahme geprüft wird)¹⁰⁵ und hierfür auch das mildeste Mittel bezogen auf den

¹⁰⁰ Aus der Rechtsprechung z.B. BGE 136 II 470 E. 4.1; BGer 2C_300/2019 vom 31. Januar 2020 E. 3.1; für eine Einschlägigkeit der Diskriminierungsverbote des Freizügigkeitsabkommens auf Konstellationen der Diplomanerkennung (vor dem Hintergrund auch der neueren Rechtsprechung des EuGH) auch *Günthardt/Tobler*, Jusletter vom 3. April 2023, Rn. 29. Zurückhaltender hingegen noch *Günthardt*, Jusletter vom 14. Juni 2021, Rn. 13 ff. Im Einzelnen kann die Abgrenzung zwischen einer materiellen Diskriminierung und einer Beschränkung durchaus Schwierigkeiten bereiten.

¹⁰¹ Hierunter sind solche Gründe zu verstehen, die letztlich auf die Wirtschaftslenkung oder die Verfolgung sonstiger wirtschaftspolitischer Anliegen, wie etwa den Schutz bestimmter Unternehmen oder Berufszweige, abzielen. Vgl. aus der Rechtsprechung EuGH, Rs. C-324/93 (*Evans*), ECLI:EU:C:1995:84; EuGH, Rs. C-398/95 (*Syndesmos ton Elladi Touristikon*), ECLI:EU:C:1997:282; EuGH, Rs. C-465/05 (*Kommission/Italien*), ECLI:EU:C:2007:781; EuGH, Rs. C-134/05 (*Kommission/Italien*), ECLI:EU:C:2007:435; EuGH, Rs. C-255/04 (*Kommission/Frankreich*), ECLI:EU:C:2006:401.

EuGH, Rs. C-173/09 (*Elchinov*), ECLI:EU:C:2010:581.

¹⁰³ EuGH, Rs. C-147/03 (*Kommission/Österreich*), ECLI:EU:C:2005:427.

¹⁰⁴ EuGH, Rs. C-73/08 (*Bressol*), ECLI:EU:C:2010:181. S. auch EuGH, Rs. C-424/97 (*Haim II*), ECLI:EU:C:2000:357, wo der EuGH die Notwendigkeit gewisser sprachlicher Qualifikationen für eine Kassenzulassung von Zahnärzten als rechtfertigungsfähig erachtete.

¹⁰⁵ S. z.B. EuGH, Rs. C-161/09 (*Kakavetsos-Fragkopoulos*), ECLI:EU:C:2011:110; EuGH, Rs. C-187/15 (*Pöpper*), ECLI:EU:C:2016:550.

Eingriff und damit die Diskriminierung – darstellen muss. Die Verhältnismässigkeit i.e.S. spielt in der Rechtsprechung des Gerichtshofs keine grosse Rolle.

In unserem Zusammenhang ist die **Erforderlichkeit** der Massnahme von besonderer Bedeutung: Grundsätzlich haben die Mitgliedstaaten nämlich in anderen Mitgliedstaaten bestehende Vorschriften, Überprüfungen usw. als den nationalen Vorschriften bzw. Anforderungen gleichwertig anzuerkennen (**Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung**),¹⁰⁶ so dass Anforderungen oder Überprüfungen, denen bereits in einem anderen Mitgliedstaaten entsprochen wurde, grundsätzlich nicht zur Verfolgung des angestrebten Ziels erforderlich sind («Verbot der Doppelbelastung»)¹⁰⁷ Damit impliziert die Verhältnismässigkeit auch die Prüfung der Frage, ob den jeweiligen Anforderungen bereits im Herkunftsstaat Rechnung getragen wurde und ob die im Herkunftsstaat erlangten bzw. erworbenen Qualifikationen denjenigen, welche im Aufnahmestaat verlangt werden, ganz oder teilweise gleichwertig sind.¹⁰⁸

25. Ausgehend von diesen Grundsätzen hat der **EuGH** in einer mittlerweile facettenreichen Rechtsprechung die Anforderungen insbesondere an die Verhältnismässigkeit mitgliedstaatlicher Massnahmen, welche für die Ausübung eines bestimmten Berufs oder den Zugang zu bestimmten Tätigkeiten ein Diplom oder einen Fähigkeitsausweis vorsehen, präzisiert und damit auch die Vorgaben des Unionsrechts konkretisiert.¹⁰⁹ Auch die **bundes(verwaltungs)gerichtliche Rechtsprechung** – welche angesichts der diesbezüglichen Parallelität der Rechtslage auf

¹⁰⁶ Zu diesem Grundsatz, m.w.N., *Epiney*, in: Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, § 10, Rn. 2. Im Zusammenhang mit der Diplomanerkennung, m.w.N., *Epiney/Blaser*, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III, Art. 9, Rn. 10.

¹⁰⁷ S. z.B. aus der Rechtsprechung EuGH, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), ECLI:EU:C:2008:350.

¹⁰⁸ S. aus der Rechtsprechung EuGH, Rs. C-278/03 (Kommission/Italien), ECLI:EU:C:2005:281; EuGH, Rs. C-330/03 (Colegio de Ingenieros), ECLI:EU:C:2006:45; EuGH, verb. Rs. C-422/09, C-425/09, C-426/09 (Vandrou), ECLI:EU:C:2010:732; EuGH, Rs. C-55/94 (Gebhard), ECLI:EU:C:1995:411. S. ausführlich zur Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten im Zusammenhang mit der Diplomanerkennung bei *Gammenthaler*, Diplomanerkennung, 53 ff.; ausführlich – unter Einbezug der Rechtsprechung des EuGH – *Epiney/Matter*, Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens Schweiz – EU (FZA) im Bereich der Diplomanerkennung, Rn. 22 ff.

¹⁰⁹ S. insoweit die Systematisierung bei *Epiney/Matter*, Tragweite des FZA, Rn. 24 ff.; s. ansonsten die jährlichen Rechtsprechungsüberblicke über die Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Freizügigkeit im Schweizerischen Jahrbuch für Europarecht, zuletzt *Epiney/Mosters*, SJER 2022/2023, 71 ff.

das Unionsrecht und die einschlägige Rechtsprechung des EuGH Bezug nimmt¹¹⁰
– hatte sich mittlerweile in zahlreichen Urteilen zu Fragen der Diplomanerkennung
zu äussern.¹¹¹

¹¹⁰ S. insbesondere BGE 136 II 470 E. 4.1; BVGer B-3706/2014 vom 28.11.2017 E. 7.2., wo jeweils explizit an die primärrechtlichen Grundsätze der Anerkennung Bezug genommen wird.

¹¹¹ Vgl. die regelmässigen Berichte über die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum FZA im Jahrbuch für Migrationsrecht, s. zuletzt *Epiney/Hunziker*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2022/2023, 339 ff.

§ 3 Zu den Voraussetzungen der Pflicht zum Eintreten auf eine «Gleichwertigkeitsprüfung»

26. Die bisherigen Ausführungen haben verdeutlicht, dass dem Unionsrecht und dem Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU im Falle der Reglementierung eines Berufs und der damit verbundenen Beschränkung des Zugangs zu diesem Beruf durch das Abstellen zum Beispiel und insbesondere auf das Vorhandensein eines inländischen Ausbildungsnachweises gewisse Vorgaben mit Bezug auf die Anerkennung im Ausland erworbener Diplome zu entnehmen sind, wobei sowohl die RL 2005/36 als auch – subsidiär im Falle ihrer Unanwendbarkeit – das Primärrecht bzw. die Diskriminierungsverbote des FZA einschlägig und zu beachten sind. Allerdings können diese Grundsätze bzw. Vorgaben von vornherein nur unter der Voraussetzung zur Anwendung kommen, dass sich die von einer Person erworbenen Diplome oder Fähigkeitsausweise sowie die Berufserfahrung auf den **gleichen** bzw. einen **vergleichbaren Beruf** beziehen. Geht es hingegen um ein grundsätzlich anderes Berufsbild, können weder der RL 2005/36 noch dem Primärrecht oder den Diskriminierungsverboten des FZA Vorgaben über die Anerkennung entnommen werden. In einem solchen Fall wäre dann erst gar nicht auf ein Gesuch auf Anerkennung einzutreten. Deutlich wird damit, dass die Frage danach, ob es sich bei den zur Debatte stehenden Berufen bzw. Tätigkeiten im Ausbildungsstaat auf der einen und im Aufnahmestaat auf der anderen Seite um den gleichen oder einen vergleichbaren Beruf handelt, den Dreh- und Angelpunkt für die Anwendbarkeit der Vorgaben des Unionsrechts und des Freizügigkeitsabkommens über die Diplomanerkennung darstellt. Nachfolgend sei dieser Frage zunächst auf der Grundlage der RL 2005/36 (I.) nachgegangen, bevor auf das subsidiär anwendbare Primärrecht bzw. die Diskriminierungsverbote im Freizügigkeitsabkommen hingewiesen wird (II.).

Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang noch auf das Erfordernis einer **zweijährigen vollamtlichen Berufsausübung**, welche im Falle der Nichtreglementierung des betreffenden Berufs im Herkunftsstaat relevant ist (vgl. Art. 13 Abs. 2 RL 2005/36), hingewiesen: Nach der Rechtsprechung des EuGH¹¹² reicht es aus, dass die geltend gemachte Berufserfahrung im Rahmen einer vollzeitlichen Arbeit mit der dauerhaften und regelmässigen Ausübung einer Gesamtheit beruflicher Tätigkeiten, die den betreffenden Beruf kennzeichnen, einhergegangen ist; nicht notwendig sei, dass alle die den Beruf im Aufnahmemitgliedstaat auszeichnenden Tätigkeiten abgedeckt würden; anderenfalls würde der Anwendungsbereich des Anerkennungsmechanismus zu sehr eingeschränkt.

¹¹² EuGH, Rs. C-424/09 (Ioanni Toki), ECLI:EU:C:2011:210.

I. Zum Vorliegen «vergleichbarer Tätigkeiten» im Sinne der RL 2005/36

27. Nach Art. 4 Abs. 2 RL 2005/36 ist für «die Zwecke dieser Richtlinie (ist) der Beruf, den der Antragsteller im Aufnahmemitgliedstaat ausüben möchte, derselbe wie derjenige, für den er in seinem Herkunftsmitgliedstaat qualifiziert ist, wenn die Tätigkeiten, die er umfasst, vergleichbar sind». Damit findet die RL 2005/36 nur Anwendung, wenn die zur Debatte stehenden **Tätigkeitsbereiche vergleichbar** im Sinne des Art. 4 Abs. 2 RL 2005/36 sind, so dass auch nur bei Vorliegen dieser Voraussetzung auf ein Anerkennungsgesuch nach der RL 2005/36 eingetreten werden muss.

Diese Voraussetzung ist für die **Anerkennung aufgrund von Berufserfahrung** (Art. 16 ff. RL 2005/36) und das sog. **allgemeine Anerkennungssystem** (Art. 10 ff. RL 2005/36) von Bedeutung. Deutlich wird dies z.B. und unter anderem in Art. 13 Abs. 2 lit. c RL 2005/36, der als Voraussetzung für die Anerkennung eines Befähigungs- oder Ausbildungsnachweises u.a. auführt, diese müssten bescheinigen, dass ihr Inhaber auf die Ausübung des betreffenden Berufs vorbereitet wurde.¹¹³

28. Die RL 2005/36 schweigt sich allerdings darüber aus, unter welchen Voraussetzungen eine Tätigkeit vergleichbar ist bzw. welche Kriterien für das Vorliegen einer solchen Vergleichbarkeit massgeblich sind. Auch enthält Art. 3 RL 2005/36 **keine Begriffsdefinition**.

29. Allerdings lassen sich sowohl dem Wortlaut des Art. 4 Abs. 2 RL 2005/36 als auch dem Zusammenhang mit anderen Bestimmungen der Richtlinie sowie ihren Zielsetzungen – die Erleichterung des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit (vgl. Erw. 1 ff. RL 2005/36) – gewisse Anhaltspunkte für diejenigen **Kriterien** entnehmen, welche für das **(Nicht-) Vorliegen der Vergleichbarkeit massgeblich** sein dürften.

Zudem musste sich auch die Rechtsprechung – wenn auch nur selten – bereits mit dieser Frage befassen,¹¹⁴ und gewisse (sehr allgemein gehaltene) Ausführungen finden sich auch in der Literatur.¹¹⁵

¹¹³ Vgl. insoweit auch BVGer B-2844/2020 vom 18.3.2022 E. 3.5 mit Bezug zur Osteopathie.
¹¹⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-330/03 (Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos), ECLI:EU:C:2006:45; EuGH, Rs. C-424/09 (Toki), ECLI:EU:C:2011:210; EuGH, Rs. C-575/11 (Nasiopoulos), ECLI:EU:C:2013:430; aus der schweizerischen Rechtsprechung BGer 2C_775/2018 vom 21.3.2019 E. 5-6; BVGer B-6408/2009 vom 7.10.2012; BVGer B-6201/2011 vom 6.3.2013 E. 5.5; BVGer A-368/2014 vom 6.6.2014 E. 6.2; BVGer B-2844/2020 vom 18.3.2022 E. 3.5.

¹¹⁵ Vgl. insbesondere *Gammenthaler*, Diplomanerkennung, 165; *Berthoud*, Reconnaissance des qualifications professionnelles, 39 ff.; *Günthard*, Switzerland and the EU, 208 f.

30. Wenn auch die Prüfung der Vergleichbarkeit der Tätigkeiten notwendigerweise in jedem **Einzelfall** erfolgen muss, können ausgehend von den erwähnten allgemeinen Auslegungsgrundsätzen und unter Heranziehung der Rechtsprechung folgende allgemeine Kriterien bzw. Leitlinien festgehalten werden:

- Bereits der Wortlaut des Art. 4 Abs. 2 RL 2005/36 lässt erkennen, dass sich das Kriterium der Vergleichbarkeit nicht auf die Diplome oder Fähigkeitsausweise, sondern auf die ausgeübten **Tätigkeiten** bezieht. Die Frage der Gleichwertigkeit der Diplome ist ja dann Gegenstand der Anerkennung.
- Auch wenn **Berufsbezeichnungen** selbstredend Anhaltspunkte für das (Nicht-) Vorliegen einer vergleichbaren Tätigkeit liefern können, sind sie nicht entscheidend, sondern es kommt auf die konkreten Tätigkeiten an.¹¹⁶ Dieser Grundsatz ist schon deshalb zwingend, weil in verschiedenen Staaten unter derselben Bezeichnung mitunter sehr verschiedene Tätigkeiten ausgeübt werden.
- Die Vergleichbarkeit ist das Ergebnis einer **Gesamtbewertung**, bei welcher sowohl die **konkreten Tätigkeiten** als auch ihre **Modalitäten** (z.B. in Bezug auf die Pflicht, nur gemeinsam mit Personen eines anderen Berufs eine Tätigkeit ausüben zu dürfen) zu berücksichtigen sind.
- Sind die Unterschiede zwischen den in Frage stehenden Tätigkeitsbereichen so gross, dass der Antragsteller in Wirklichkeit eine **vollständige Ausbildung** absolvieren müsste, um die Tätigkeiten, für die er qualifiziert ist, in einem anderen Mitgliedstaat ausüben zu können, ist die Vergleichbarkeit der Tätigkeiten jedenfalls zu verneinen; allerdings kommt hier ein partieller Zugang in Betracht.¹¹⁷
- Die Tätigkeiten müssen lediglich «**vergleichbar**» sein, so dass sie gerade nicht in jeder Beziehung gleich sein müssen und Unterschiede durchaus möglich sind.¹¹⁸ Dieser Ansatz wird auch dadurch bestätigt, dass eben im Falle von Unterschieden in den Tätigkeitsbereichen nach Art. 14 Abs. 1 lit. c RL 2005/36 Ausgleichsmassnahmen angeordnet werden können.

¹¹⁶ S. so auch, mit einigen Beispielen, *Berthoud*, Reconnaissance des qualifications professionnelles, 42.

¹¹⁷ EuGH, Rs. C-575/11 (Nasiopoulos), ECLI:EU:C:2013:430, Rn. 32. S. insoweit auch noch unten Rn. 38.

¹¹⁸ *Gammenthaler*, Diplomanerkennung, 165, weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass im Gesetzgebungsverfahren ein Vorschlag des Europäischen Parlaments, wonach die Tätigkeiten «gleichwertig» hätten sein sollen und sich «nicht wesentlich unterscheiden» hätten sollen, nicht aufgegriffen wurde. Da diese Kriterien doch einiges enger sind als eine blossе «Vergleichbarkeit», spricht Vieles dafür, dass auch durchaus in Teilen sehr unterschiedliche Tätigkeiten vergleichbar im Sinne des Art. 4 Abs. 2 RL 2005/36 sein können.

- Im Übrigen ist bei der Frage nach dem Vorliegen desselben Berufs im Sinne des Art. 4 Abs. 2 RL 2005/36 und damit der Vergleichbarkeit der *effet utile* **der RL 2005/36** zu beachten: Die Richtlinie soll ja die Anerkennung der Befähigungs- und Ausbildungsnachweise erleichtern, so dass der Anwendungsbereich des Anerkennungsmechanismus' nicht zu sehr eingeschränkt werden darf,¹¹⁹ was wohl impliziert, dass grundsätzlich schon im Falle einer nicht völlig zu vernachlässigenden Überschneidung von einer vergleichbaren Tätigkeit auszugehen ist.

Die Rechtsprechung des EuGH dürfte gar nahelegen, dass nur dann eine vergleichbare Tätigkeit im Sinne des Art. 4 Abs. 2 RL 2005/36 zu verneinen ist, wenn die Unterschiede zwischen beiden Tätigkeitsbereichen so gross sind, dass der Antragsteller in Wirklichkeit eine vollständige Ausbildung absolvieren müsste, um die Tätigkeiten, für die er qualifiziert ist, in einem anderen Mitgliedstaat ausüben zu können.¹²⁰

31. Deutlich wird damit, dass das (Nicht-) Vorliegen einer vergleichbaren Tätigkeit im Herkunfts- und Aufnahmestaat eine genaue Prüfung der **Gesamtheit der Tätigkeiten im Aufnahme- und Herkunftsstaat** impliziert, welche den zuständigen Behörden im Aufnahmestaat obliegt. Diesen dürfte auch ein gewisser **Gestaltungsspielraum** zukommen. Allerdings muss die Beurteilung nachvollziehbar begründet sein, und die Vergleichbarkeit darf nicht allein aufgrund lediglich einzelner, eher isolierter Merkmale der Tätigkeit im Aufnahmestaat oder einzelner Unterschiede in den Tätigkeiten des betreffenden Berufs im Aufnahmestaat verneint werden. Im Übrigen legt es der bereits erwähnte **Zusammenhang mit Art. 14 Abs. 1 lit. c RL 2005/36**¹²¹ nahe, dass bei der Frage nach der Vergleichbarkeit zu berücksichtigen ist, ob vernünftigerweise durch gewisse Ausgleichsmassnahmen den Unterschieden in den Tätigkeiten Rechnung getragen werden kann. Denn diese Bestimmung adressiert gerade die Konstellation, in welcher der reglementierte Beruf im Aufnahmestaat Tätigkeiten umfasst, welche im Herkunftsmitgliedstaat nicht Bestandteil des entsprechenden Berufes sind und sieht für einen solchen Fall vor, dass Ausgleichsmassnahmen ergriffen werden können, durch welche gerade die besondere Ausbildung für die entsprechenden Tätigkeiten im Aufnahmestaat «ausgeglichen» bzw. nachgeholt werden kann. Hieraus kann gefolgert wer-

¹¹⁹ Zu dieser Erwägung EuGH, Rs. C-424/09 (Ioanni Toki), ECLI:EU:C:2011:210.

¹²⁰ EuGH, Rs. C-575/11 (Nasiopoulos), ECLI:EU:C:2013:430, Rn. 32, wo der EuGH auf dieses Kriterium zurückgreift, um die Anwendbarkeit der RL 2005/36 zu verneinen.

¹²¹ Zwar bezieht sich diese Bestimmung nur auf die Konstellation, dass der Beruf sowohl im Aufnahme- als auch im Herkunftsstaat reglementiert ist; gleichwohl kann sie mit Blick auf die hier zur Debatte stehende Frage der Vergleichbarkeit der Tätigkeiten im Rahmen der systematischen Auslegung auch allgemein (d.h. für die Konstellation, in welcher der Beruf im Herkunftsstaat nicht reglementiert ist) herangezogen werden, da Art. 4 Abs. 2 RL 2005/36 diesbezüglich keine Unterscheidung trifft.

den, dass durchaus auch ins Gewicht fallende Unterschiede in den Tätigkeitsbereichen es nicht ausschliessen, dass es sich um denselben Beruf im Sinne des Art. 4 Abs. 2 RI 2005/36 handelt. Nur wenn der Antragsteller letztlich eine (zumindest quasi) vollständige Ausbildung absolvieren müsste, um die Tätigkeiten, für die er qualifiziert ist, in einem anderen Mitgliedstaat ausüben zu können, ist die Vergleichbarkeit von vornherein zu verneinen.

32. Aus dem Vorstehenden erschliesst sich, dass jedenfalls ein **einzelnes Merkmal der Berufsausübungsmodalität nicht ausreichend** sein kann, um die Vergleichbarkeit der Tätigkeiten zu verneinen. So vermag z.B. allein der Umstand, dass in Gesundheitsberufen von nicht ärztlichem Personal in gewissen Staaten weitergehende Aufgaben oder Behandlungen wahrgenommen werden dürfen als in anderen Staaten nicht dazu führen, dass die Tätigkeit nicht vergleichbar im Sinne des Art. 4 Abs. 2 RL 2005/36 wäre und in den letztgenannten nicht auf die Ausübung des betreffenden Berufs im Sinne des Art. 13 Abs. 2 lit. c RL 2005/36 vorbereitet worden wäre. Denn auch wenn solche Unterschiede dazu führen können, dass die Berufsbilder divergieren, ändert dies doch nichts daran, dass gewisse (wenn nicht gar die meisten) Tätigkeiten eben doch vergleichbar sind.

Vor diesem Hintergrund ist wohl auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in Bezug auf den Beruf der Osteopathie in der Schweiz einerseits und in Österreich andererseits zu sehen, wo das Gericht mit Bezug zu den vom Beschwerdeführer vorgelegten Ausbildungsnachweisen feststellte, die absolvierte Ausbildung umfasse nach den Unterlagen Kerngebiete der Osteopathie und bereite auf eine Tätigkeit als Osteopath vor.¹²²

Insofern kann also allein der Umstand, dass Osteopathen in Österreich keine sog. «Erstversorger» sind und nur auf Anweisung eines Arztes osteopathische bzw. mechanotherapeutische Behandlungen vornehmen dürften (dies im Gegensatz zur Rechtslage in der Schweiz), jedenfalls nicht allein den Schluss begründen, es handle sich nicht um einen vergleichbaren Beruf im Sinne des Art. 4 Abs. 2 RL 2005/36, dies jedenfalls dann, wenn die Behandlungen selbst, welche die Osteopathen in Österreich und in der Schweiz durchführen, im Wesentlichen dieselben sind.

Dieser Schluss drängt sich auch vor dem Hintergrund auf, dass die Frage, ob und in welchen Konstellationen eine ärztliche Anordnung oder Verschreibung bzw. eine berufliche Tätigkeit «unter der Aufsicht eines Arztes» notwendig ist, auch eine Frage des Schutzniveaus im Bereich des Gesundheitsschutzes ist, welches in den verschiedenen Staaten divergiert und in Bezug auf welches unterschiedliche (politische) Ansichten bestehen (können).

Allerdings kann die Eigenschaft als Erstversorger durchaus im Zusammenspiel mit anderen Faktoren zur Verneinung des Vorliegens desselben Berufs im Sinn des Art. 4 Abs. 2 RL 2005/36 führen: So wurde die Vergleichbarkeit der Tätigkeiten zwischen dem deutschen Beruf des Augenoptikermeisters und dem Schweizer Beruf des Optometristen verneint, da der erste primär ein Handwerksberuf sei und der zweite eine wissenschaftsbasierte Tätigkeit als Erstversorger mit medizinischen Kenntnissen, wobei umfassend die verschiedenen Charakteristika («Handwerk» vs.

¹²² BVerG B-2844/2020 vom 18.3.2022 E. 3.5.

«Wissenschaftsbasiertheit») der beiden Berufe hervorgehoben wurden.¹²³ Auf der anderen Seite bejahte das Bundesverwaltungsgericht die Vergleichbarkeit des Berufs der Osteopathie in Österreich mit demjenigen der Osteopathen in der Schweiz, dies obwohl in der Schweiz tätige Osteopathen – offenbar im Gegensatz zur Situation in Österreich – als Erstversorger tätig sind.¹²⁴ Deutlich wird damit, dass es jedenfalls auf eine Gesamtschau der verschiedenen relevanten Faktoren ankommt.

33. Ist eine vergleichbare Tätigkeit im Sinn des Art. 4 Abs. 2 RL 2005/36 zu bejahen und liegen – im Rahmen des allgemeinen Anerkennungssystems – die **Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 1 oder Art. 13 Abs. 2 RL 2005/36** vor, so ist der betreffende Befähigungs- oder Ausbildungsnachweis anzuerkennen und auf ein **Gesuch zur Prüfung der Gleichwertigkeit ist einzutreten**. Auf dieser Grundlage können dann ggf. gemäss Art. 14 RL 2005/36 Ausgleichsmassnahmen angeordnet werden. Nicht mit der RL 2005/36 in Einklang stünde es jedoch, in einer solchen Konstellation von vornherein unter Berufung auf «unterschiedliche Berufsbilder» von einem Eintreten abzusehen und die Beschwerde «pauschal» abzuweisen.¹²⁵

Dies impliziert auch, dass die Feststellung / die Prüfung der Gleichwertigkeit nicht von weiteren bzw. zusätzlichen Kriterien abhängig gemacht werden darf, so dass die Ausgleichsmassnahmen keine «Zulassungsbedingungen» vorsehen dürfen.¹²⁶

Im Übrigen ist der Klarheit halber zu betonen, dass für den Fall, dass es im Aufnahme- und Herkunftsstaat um denselben Beruf im Sinn des Art. 4 Abs. 2 RL 2005/36 geht, die Ausbildung im Herkunftsstaat, die auf diesen Beruf vorbereitet, die Voraussetzung des Art. 13 Abs. 2 Uabs. 2 lit. c) RL 2005/36 erfüllt (soweit dies im Befähigungs- oder Ausbildungsnachweis bescheinigt ist).

¹²³ BVerG B-3879/2021 vom 27.9.2021 E. 3.4, bestätigt durch BVerG 2C_893/2022 vom 3.5.2023 E. 4.2.

¹²⁴ BVerG B-2844/2020 vom 18.3.2022 E.3.5.

¹²⁵ S. insoweit auch BVerG B-2844/2020 vom 18.3.2022 E. 3.5.

¹²⁶ EuGH, R. C-729/17 (Kommission/Griechenland), ECLI:EU:C:2019:534: Der EuGH hielt hier fest, dass in dem Fall, in dem die Feststellung der Gleichwertigkeit – wie in Griechenland – davon abhängig gemacht werde, dass der Antragsteller mindestens drei Teilnahmen an Mediationsverfahren als Mediator, Hilfsmediator oder Berater einer Partei als Erfahrung vorweisen kann, und die zuständige Stelle nach ihrem Ermessen dem Antragsteller eine ergänzende Prüfung vorschreiben könne, den erwähnten Anforderungen der RL 2005/36 nicht Rechnung getragen werde. S. insoweit auch EuGH, Rs. C-118/09 (Koller), ECLI:EU:C:2010:805, wo der EuGH feststellte, ein Inhaber eines Ausbildungsnachweises im Sinn der RL 2005/36 (bzw. der Vorgängerrichtlinie) habe ein Recht auf Zugang zur Eignungsprüfung bzw. zu Ausgleichsmassnahmen: Denn durch diese solle gerade sichergestellt werden, dass der Betreffende zur Ausübung des Berufs geeignet ist, so dass der Antragsteller der Zugang nicht deshalb verweigert werden kann, weil bestimmte besondere Anforderungen des nationalen Rechts nicht erfüllt sind.

II. Zu den primärrechtlichen Vorgaben bzw. den Diskriminierungsverboten des FZA

34. Wie bereits erwähnt,¹²⁷ kommen im Rahmen des **Freizügigkeitsabkommens (FZA)** zwischen der Schweiz und der Europäischen Union im Bereich der Diplomanerkennung im Ergebnis auch im Falle der Nichteinschlägigkeit der RL 2005/36 darüber hinaus parallele Vorgaben wie im Unionsrecht zum Zuge:

- Die einschlägigen Bestimmungen des **Anhangs I FZA** (Art. 9 in Bezug auf Arbeitnehmer, Art. 15 in Bezug auf niederlassungswillige natürliche Personen¹²⁸ sowie Art. 17 in Bezug auf Dienstleistungserbringer) und **Art. 2 FZA** verankern ein **Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit**,¹²⁹ welches im vorliegenden Zusammenhang relevant ist, da das Erfordernis einer bestimmten inländischen Qualifikation regelmässig eine materielle Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit darstellt.¹³⁰ Angesichts dieser Übernahme der Regelungen über die Diplomanerkennung in das FZA ist somit davon auszugehen, dass die oben¹³¹ skizzierten Grundsätze entsprechend auch im Rahmen des FZA zum Zuge kommen,¹³² und Staatsangehörige der Vertragsparteien können sich **direkt auf das FZA berufen**, um ihre beruflichen Qualifikationen im Hinblick auf eine Erwerbstätigkeit anerkennen zu lassen.¹³³

¹²⁷ S.o. Rn. 20 ff.

¹²⁸ Im Gegensatz zum EU-Recht können sich nur natürliche Personen auf die Niederlassungsfreiheit des FZA berufen, vgl. EuGH, Rs. C-351/08 (Grimme), ECLI:EU:C:2009:697; EuGH, Rs. C-541/08 (Fokus Invest), ECLI:EU:C:2010:74.

¹²⁹ Es ist hingegen streitig und durch die Rechtsprechung noch nicht abschliessend geklärt (s. aber EuGH, Rs. C-581/17 (Wächtler), ECLI:EU:C:2019:138, der offenbar davon ausgeht, dass das FZA auch ein Beschränkungsverbot verankert), ob und inwieweit dem FZA auch Beschränkungsverbote der erfassten Freiheiten zu entnehmen sind. Vgl. zum Problemkreis, m.w.N., *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, 81 (90 ff.); *Günthardt*, Jusletter vom 14. Juni 2021, Rn. 25 ff.

¹³⁰ Vgl. aus der Rechtsprechung z.B. EuGH, Rs. C-298/14 (Brouillard), ECLI:EU:C:2015:652. Aus der Literatur z.B. *Gammenthaler*, Diplomanerkennung, 54 ff.; *Günthardt*, Switzerland and the European Union, 167. Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass der EuGH häufig nicht zwischen materiellen Diskriminierungen und Beschränkungen unterscheidet bzw. bei Konstellationen, welche eine materielle Diskriminierung darstellen (könnten), von Beschränkungen spricht, was vor dem Hintergrund zu sehen ist, dass sich diese Unterscheidung im Unionsrecht erübrigt. S. insoweit auch schon oben Rn. 20 ff.

¹³¹ Rn. 20 ff.

¹³² Zur Parallelität (abgesehen von noch nicht erfolgten Anpassungen des Anhangs III FZA im Zuge von Revisionen der RL 2005/36 auf EU-Ebene) des Rechts der Diplomanerkennung im EU-Recht und im FZA ausführlich *Epiney*, Jusletter vom 15.3.2021, Rn. 13 ff.; s. auch *Günthardt*, Switzerland and the EU, 151 ff.; *Oesch*, Schweiz – EU, 104 ff.

¹³³ BGE 136 II 470 E. 4.1; BGE 133 V 33 E. 9.4.

- Soweit eine bestimmte Frage der Anerkennung von Diplomen, Ausbildungen oder auch Berufserfahrungen nicht von der RL 2005/36 erfasst ist, sind in der Union die **Grundfreiheiten** und im Rahmen des **Freizügigkeitsabkommen** die erwähnten (parallel auszulegenden) **Diskriminierungsverbote** einschlägig: Da die RL 2005/36 nur (aber immerhin) regelt, unter welchen Voraussetzungen jedenfalls eine Anerkennungspflicht besteht und ihr keine abschliessenden Aussagen über die Möglichkeiten der Nichtanerkennung entnommen werden, können, sind mitgliedstaatliche Anforderungen an für den Zugang zu einem reglementierten Beruf notwendige Qualifikationen am Massstab der Grundfreiheiten zu messen, soweit die Voraussetzungen eines der Anerkennungssysteme der RL 2005/36 nicht greifen; diese Grundsätze kommen auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens zur Anwendung.¹³⁴

35. Im vorliegenden Zusammenhang ist von Bedeutung, dass für den Fall, dass ein Vergleich der zur Debatte stehenden Tätigkeiten zum Ergebnis führt, dass es im Herkunftsstaat und im Aufnahmestaat **nicht um denselben Beruf** im Sinne des Art. 4 Abs. 2 RL 2005/36 geht, so dass die RL 2005/36 nicht anwendbar ist, danach zu fragen ist, welche (weiteren) Vorgaben sich aus dem **Grundsatz der Nichtdiskriminierung** ergeben bzw. ob und unter welchen Voraussetzungen eine bestimmte nationale Massnahme – wobei es im vorliegenden Zusammenhang um die Ablehnung bereits des Eintretens auf die Prüfung der Berücksichtigung von im Ausland erworbenen Befähigungs- oder Ausbildungsnachweisen geht – mit den sich aus dem Diskriminierungsverbot ergebenden Anforderungen vereinbar ist.

36. Soweit für die Ausübung eines bestimmten Berufs oder den Zugang zu bestimmten Tätigkeiten ein Diplom, ein Fähigkeitsausweis oder eine Berufspraxis verlangt wird, so liegt hierin regelmässig ein Eingriff in eine der Personenverkehrsfreiheiten vor: Denn solche Regelungen implizieren, dass insbesondere Unionsbürger aus anderen Mitgliedstaaten durch derartige Anforderungen von der Ausübung ihrer Freizügigkeitsrechte abgehalten werden können, da die entsprechenden Regelungen in den verschiedenen Mitgliedstaaten regelmässig unterschiedlich ausgestaltet sind. Weiter sind solche Anforderungen in aller Regel **materiell diskriminierend**, dies jedenfalls soweit es um inländische Diplome geht.¹³⁵ Im Verhältnis zur Schweiz sind somit die erwähnten Diskriminierungsverbote des Freizügigkeitsabkommens einschlägig.¹³⁶

¹³⁴ S. ausführlich hierzu *Epiney*, AJP 2021, 849 ff. S. auch schon oben Rn. 21.

¹³⁵ S. insoweit schon oben Rn. 20 ff.

¹³⁶ Vgl. soeben Rn. 34 f. sowie Rn. 20 ff.

37. Vor diesem Hintergrund wird regelmässig entscheidend sein, ob die in Frage Massnahme **gerechtfertigt** werden kann, wobei in unserem Zusammenhang in erster Linie die **Verhältnismässigkeit** zur Debatte steht. Denn das Erfordernis selbst eines Diploms für bestimmte Tätigkeiten kann grundsätzlich durch zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls – so z.B. Gesundheits- oder Konsumentenschutz – gerechtfertigt werden.

Zu beachten ist denn auch, dass – soweit die entsprechende Frage nicht durch Sekundärrecht geregelt ist – es grundsätzlich den Mitgliedstaaten obliegt festzulegen, welche **Schutzanliegen** sie im Rahmen der zwingenden Gründe des Allgemeininteresses verfolgen wollen und welches **Schutzniveau** sie anlegen wollen.¹³⁷ Insoweit steht es in der Kompetenz der Mitgliedstaaten, die Kenntnisse und Fähigkeiten, die für die Ausübung eines Berufes notwendig sind, zu definieren und entsprechende Diplome oder Fähigkeitsausweise zu verlangen.¹³⁸

So hielt der EuGH in der **Rs. C-61/89 (Bouchoucha)**¹³⁹ – in der die Anerkennung von Diplomen, die ein Inländer im EU-Ausland erworben hatte und in seinem Heimatstaat anerkennen lassen wollte, zur Debatte stand¹⁴⁰ – fest, dass der nationale Gesetzgeber durchaus das Praktizieren der Osteopathie Personen mit einem Arztdiplom vorbehalten dürfe, dies zum Schutze der Gesundheit.

38. Der **EuGH** hatte sich in seiner **Rechtsprechung** verschiedentlich mit den sich aus dem Primärrecht ergebenden Anforderungen an die Anerkennung von Befähigungs- und Ausbildungsnachweisen zu beschäftigen.¹⁴¹ Mit Bezug zur vorliegend im Zentrum stehenden Fragestellung – die Vereinbarkeit des Nichteintretens einer nationalen Behörde auf ein Anerkennungsgesuch mit der Begründung, das Berufsbild, für welches die Ausbildung im Herkunftsstaat absolviert wurde, sei ein völlig anderes als dasjenige im Aufnahmestaat bzw. die entsprechenden Tätigkeiten seien völlig unterschiedlich, mit dem Diskriminierungsverbot bzw. den Grundfreiheiten – ist in erster Linie auf zwei Grundsätze hinzuweisen:

¹³⁷ Vgl. nur EuGH, Rs. 71/76 (Thieffry), ECLI:EU:C:1977:65, Rn. 16; EuGH, Rs. C-340/89 (Vlassopoulou), ECLI:EU:C:1991:193, Rn. 14.

¹³⁸ Vgl. EuGH, Rs. 222/86 (Heylens), ECLI:EU:C:1987:442, Rn. 10; EuGH, Rs. C-340/89 (Vlassopoulou), ECLI:EU:C:1991:193, Rn. 9. Die Festlegung des Schutzziels (wobei aber keine wirtschaftlichen Gründe verfolgt werden dürfen, s. schon oben Rn. 24) und des Schutzniveaus liegen somit im Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten, vgl. EuGH, Rs. C-262/02 (Kommission/Frankreich), ECLI:EU:C:2004:431, Rn. 31 ff.; EuGH, Rs. C-55/99 (Kommission/Frankreich), ECLI:EU:C:2000:693. Die Verhältnismässigkeitsprüfung ist daher immer in Abhängigkeit von dem durch die Mitgliedstaaten definierten Schutzziel vorzunehmen.

¹³⁹ EuGH, Rs. C-61/89 (Bouchoucha), ECLI:EU:C:1990:443, Rn. 11, 13.

¹⁴⁰ Eine Konstellation, in der sich ein Inländer gegenüber seinem Heimatstaat auf die Grundfreiheiten berufen könne, s. insoweit schon EuGH, Rs. 115/78 (Knoors), ECLI:EU:C:1979:31, Rn. 24.

¹⁴¹ S. schon die ausführliche Zusammenstellung mit Zusammenfassungen der tragenden Erwägungen der zentralen Urteile bei Epiney/Matter, Tragweite des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU, Rn. 26 ff., worauf die nachfolgenden Ausführungen teilweise zurückgreifen.

- Die im Herkunftsstaat erworbenen Diplome, Ausbildungszeugnisse oder sonstige Befähigungsnachweise sind einer **materiellen Gleichwertigkeits- oder Äquivalenzprüfung** zu unterziehen. Demnach müssen die Mitgliedstaaten prüfen, ob die vom Antragsteller vorgelegten Diplome bzw. Nachweise den für die Zulassung zur Tätigkeit geforderten innerstaatlichen Vorschriften bzw. geforderten Nachweisen entsprechen.¹⁴² Ist dies nur teilweise der Fall, so ist vorzusehen, dass der Antragsteller den Nachweis der fehlenden Kenntnisse und Fähigkeiten erbringen kann; dabei sind insbesondere im Rahmen eines Studiengangs oder praktischer Erfahrungen erworbene Fähigkeiten zu berücksichtigen.¹⁴³ Kann der Antragsteller diese Qualifikationen nicht nachweisen, so kann der Aufnahmestaat den Nachweis von Berufserfahrung¹⁴⁴ oder / und eine spezifische (Ergänzungs-)Prüfung¹⁴⁵ oder / und einen Anpassungslehrgang verlangen.¹⁴⁶ Man wird aus dieser (ständigen) Rechtsprechung ableiten können, dass ein Nichteintreten auf ein Gesuch um Anerkennung und damit die Verweigerung der Möglichkeit, die fehlenden Qualifikationen und Fähigkeiten nachzuweisen oder zu erlangen (über eine Prüfung oder einen Lehrgang), nicht mit den Anforderungen der Grundfreiheiten in Einklang steht, dies soweit die im Herkunftsstaat erworbenen Diplome einen nicht völlig zu vernachlässigenden Teil der im Aufnahmestaat verlangten Qualifikationen abdecken und an einer anerkannten Institution ausgestellt wurden.

In der Rs. C-577/20¹⁴⁷ hatte sich der EuGH unter anderem mit der Frage zu beschäftigen, unter welchen Voraussetzungen ein von einem anderen Mitgliedstaat bzw. einer akkreditierten Ausbildungsinstitution ausgestelltes Diplom auch «glaubwürdig» ist. Der Gerichtshof betonte, ein von der Behörde eines anderen Mitgliedstaats ausgestelltes Diplom sei grundsätzlich als «richtig» anzusehen, so dass davon auszugehen sei, dass die in diesem ausgewiesenen Fähigkeiten auch grundsätzlich erworben wurden. Nur bei ernsthaften

¹⁴² S. schon EuGH, Rs. 71/76 (Thieffry), ECLI:EU:C:1977:65; s. sodann EuGH, Rs. C-104/91 (Aguirre Borrell), ECLI:EU:C:1992:202, Rn. 14; EuGH, Rs. C-313/01 (Morgenbesser), ECLI:EU:C:2003:612; EuGH, Rs. C-342/14 (X-Steuerberatungsgesellschaft), ECLI:EU:C:2015:827.

¹⁴³ Sog. Kompensationsmechanismus; ständige Rechtsprechung seit EuGH, Rs. C-340/89 (Vlassopouou), ECLI:EU:C:1991:193, Rn. 19 ff.; EuGH, Rs. C-234/97 (Bobadilla), ECLI:EU:C:1999:367, Rn. 33.

¹⁴⁴ EuGH, Rs. C-340/89 (Vlassopouou), ECLI:EU:C:1991:193, Rn. 20 f.

¹⁴⁵ EuGH, Rs. C-104/91 (Aguirre Borrell), ECLI:EU:C:1992:202, Rn. 14.

¹⁴⁶ Die Wahl liegt dabei beim Mitgliedstaat, anders als im Rahmen der RL 2005/36, nach welcher grundsätzlich der Antragsteller wählen darf. Über die genauen Voraussetzungen für zulässige weitere Nachweise, sowie den Inhalt der zusätzlichen Berufserfahrung und der Ergänzungsprüfung sind der Rechtsprechung keine konkreten Anhaltspunkte zu entnehmen. Allerdings sind auch hier jedenfalls die Erfordernisse der Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen.

¹⁴⁷ EuGH, Rs. C-577/20 (Sosiaali- ja terveystieteiden tutkimuskeskus ja valvontavirasto), ECLI:EU:C:2022:467.

Zweifeln aufgrund eines Bündels übereinstimmender Indizien, welche darauf schliessen lassen könnten, dass der Inhaber eines Diploms nicht über die darin ausgewiesenen Kenntnisse und Qualifikationen verfüge, dürfe die ausstellende Behörde um Überprüfung der Rechtmässigkeit der Ausstellung des Diploms ersucht werden, wobei diese das Diplom ggf. zurückziehen habe. Falls die ausstellende Behörde das Diplom nicht zurückziehe, dürfe die Behörde des Aufnahmemitgliedstaats die Rechtmässigkeit seiner Ausstellung nur ausnahmsweise in Frage stellen, wenn die Umstände des konkreten Falls es offensichtlich erkennen liessen, dass das betreffende Diplom nicht «richtig» sei. Die fehlende Richtigkeit eines Diploms sei insbesondere dann offenkundig, wenn sich der tatsächliche Inhalt der Ausbildung offenkundig erheblich vom Inhalt der Ausbildung, wie er sich aus dem betreffenden Diplom ergibt, unterscheide. Damit gilt der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung auch im Bereich der Diplome, jedoch wohl nur, soweit es sich um durch mitgliedstaatliche Behörden ausgestellte oder anerkannte Diplome handelt. Bei rein privat durchgeführten Ausbildungen ohne jegliche staatliche Kontrolle, Aufsicht oder Anerkennung greift die Vermutungswirkung somit nicht, denn hier kann das gegenseitige Vertrauen zwischen den Behörden der Mitgliedstaaten nicht zur Anwendung. Dies ändert freilich nichts daran, dass solche Ausbildungen wohl im Einzelfall geprüft werden müssen.

- Ergibt die Vergleichsprüfung nur eine **teilweise Gleichwertigkeit**, kann die Anerkennung auch nur partiell erfolgen, wobei dem Antragsteller erlaubt wird, seine Tätigkeit nur in einem bestimmten Zweig des im Aufnahmestaat regulierten Berufes auszuüben. Die **partielle Anerkennung** darf dann nicht verweigert werden, wenn der Antragsteller eine bloss partielle Zulassung beantragt hat, die entsprechende Berufstätigkeit sich objektiv von anderen, im Aufnahmemitgliedstaat unter den reglementierten Beruf fallenden Tätigkeiten trennen lässt und die Unterschiede zwischen den Tätigkeitsbereichen so erheblich sind, dass die Anwendung von Kompensationsmassnahmen dem Durchlaufen einer vollständigen Ausbildung gleichkommen würde, es sei denn, die Verweigerung des partiellen Zugangs ist durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt und verhältnismässig.¹⁴⁸

Diese sich somit bereits aus dem Primärrecht ergebenden Grundsätze¹⁴⁹ sind in der EU inzwischen in Art. 4f RL 2005/36 verankert, eine Bestimmung, welche durch die RL 2013/55¹⁵⁰ in die RL 2005/36 eingeführt wurde, jedoch im Verhältnis zur Schweiz wegen der (noch) nicht erfolgten Anpassung des Anhangs III FZA derzeit keine Gültigkeit hat.¹⁵¹ Da diese Bestimmung aber letztlich den sich schon aus dem Primärrecht ergebenden Grundsatz verankert, ist er auch im Verhältnis zur Schweiz massgebend, dies letztlich in Anwendung der im Freizügigkeitsabkommen verankerten Diskriminierungsverbote.

Von besonderer Bedeutung in unserem Zusammen ist die Rs. C-575/11 (Nasiopoulos)¹⁵²: Hier stand der partielle Zugang zum (reglementierten) Beruf des Physiotherapeuten in Griechenland für eine aus einem anderen Mitgliedstaat kommende Person, die dort einen

¹⁴⁸ EuGH, Rs. C-330/03 (Colegio de Ingenieros), ECLI:EU:C:2006:45, Rn. 39.

¹⁴⁹ So auch *Günthardt/Tobler*, Jusletter vom 3. April 2023, Rn. 3.

¹⁵⁰ ABl. 2013 L 354, 132.

¹⁵¹ Hierzu bereits oben Rn. 3, 12.

¹⁵² EuGH, Rs. C-575/11 (Nasiopoulos), ECLI:EU:C:2013:430.

Befähigungsausweis als Masseur und medizinischer Bademeister erworben hatte und aufgrund dessen bestimmte, zum Beruf des Physiotherapeuten gehörende Tätigkeiten auszuüben berechtigt war, zur Debatte. Der Gerichtshof erachtete die Verweigerung eines partiellen Zugangs zum Beruf des Physiotherapeuten als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit. Diese könne aber grundsätzlich aus Gründen des Gesundheits- und des Verbraucherschutzes gerechtfertigt werden.¹⁵³ Auch Gesundheitsberufe seien – trotz der Sensibilität des Sektors – grundsätzlich dem unionsrechtlichen System der Diplomanerkennung unterworfen. Sofern es sich somit um Berufe handelt, die im Herkunftsmitgliedstaat und im Aufnahmemitgliedstaat so ähnlich sind, dass sie als «vergleichbar» im Sinne des Art. 4 Abs. 2 RL 2005/36 angesehen werden können, könnten die Lücken durch die in Art. 14 Abs. 1 RL 2005/36 vorgesehenen Ausgleichsmassnahmen geschlossen werden. Diesfalls sei keine Verletzung des Art. 49 AEUV anzunehmen. Dies gelte auch dann, wenn die Massnahme aus anderen Gründen nicht erforderlich erscheint. Falls die Unterschiede zwischen beiden Tätigkeitsbereichen jedoch so gross sind, dass der Antragsteller in Wirklichkeit eine vollständige Ausbildung absolvieren müsste, um die Tätigkeiten, für die er qualifiziert ist, in einem anderen Mitgliedstaat ausüben zu können, sei die RL 2005/36 nicht anwendbar. Diesfalls verlange Art. 49 AEUV dann einen partiellen Zugang, falls die Tätigkeit, die der Antragsteller im Aufnahmemitgliedstaat ausüben möchte, objektiv von der Gesamtheit der Tätigkeiten getrennt werden kann, die der Beruf im Aufnahmemitgliedstaat umfasst. Der Umstand, dass eine solche separate Ausübung im Herkunftsmitgliedstaat möglich ist, stelle dafür ein Indiz dar. Daraus dürfe zu folgern sein, dass grundsätzlich ein solcher partieller Zugang zu gewähren ist.

39. Damit kann im **Ergebnis** festgehalten werden, dass jedenfalls in einer Konstellation, in welcher im Herkunftsstaat durch bestimmte Ausbildungen gewisse Fähigkeiten mit Blick auf Tätigkeiten, welche auch zum Berufsbild des reglementierten Berufs im Aufnahmestaat gehören, auf ein Anerkennungsgesuch einzutreten und eine materielle Gleichwertigkeitsprüfung vorzunehmen ist. Dieser Grundsatz gilt auch und gerade dann, wenn es sich bei den Berufen im Herkunfts- und Aufnahmestaat nicht um denselben Beruf im Sinn des Art. 4 Abs. 2 RL 2005/36 handelt. Werden im Aufnahmestaat zusätzliche Qualifikationen verlangt, so ist grundsätzlich vorzusehen, dass der Antragsteller den Nachweis der fehlenden Kenntnisse und Fähigkeiten erbringen kann. Soweit dies aber bedingte, dass letztlich die vollständige Ausbildung absolvieren werden müsste, ist unter den genannten Voraussetzungen ein partieller Zugang zu gewähren, was auch impliziert, dass diese Frage jedenfalls zu prüfen ist.

¹⁵³ Soweit der Verbraucherschutz betroffen sei, sei die Massnahme jedoch nicht erforderlich. Zwar sei es denkbar, dass Empfänger von Dienstleistungen über den Umfang der mit dem Beruf des Physiotherapeuten verbundenen Qualifikationen in die Irre geführt werden könnten. Es seien jedoch mildere Massnahmen denkbar, wie etwa die Verpflichtung, die ursprüngliche Berufsbezeichnung zu benutzen.

§ 4 Zusammenfassung und Schlussbemerkung

40. Die **wesentlichen Ergebnisse** der vorliegenden Untersuchung können folgendermassen zusammengefasst werden:

- Bestimmungen des **Freizügigkeitsabkommens**, die an **unionsrechtliche Garantien anknüpfen**, sei dies nun wörtlich oder (nur) sinngemäss, sind grundsätzlich in **Anlehnung an die unionsrechtliche Bedeutung** auszulegen. Eine solche Parallelität der Rechtslage besteht im Bereich der Anerkennung der Diplome, sowohl soweit das Primärrecht bzw. die unionsrechtlichen Grundfreiheiten und die Diskriminierungsverbote des FZA als auch soweit das Sekundärrecht (RL 2005/36) betroffen ist.
- Die **Anerkennung von Diplomen**, Zeugnissen oder sonstigen Befähigungsnachweisen wird in **Art. 9 FZA** geregelt. Dabei verweist diese Bestimmung auf **Anhang III FZA**, welcher die Sekundärrechtsakte aufführt sind, die im Verhältnis Schweiz-EU anwendbar sind, so insbesondere die sog. **Diplomanerkennungsrichtlinie** (RL 2005/36). Die Anerkennung nach der RL 2005/36, die nur in Bezug auf im Aufnahmestaat reglementierte Berufe zum Zuge kommt, ist beim sog. allgemeinen System an verschiedene Voraussetzungen geknüpft; insbesondere sind nur staatliche oder staatlich anerkannte Ausbildungsnachweise anzuerkennen. Den Mitgliedstaaten steht es auch bei anzuerkennenden Ausbildungsnachweisen offen, auf der Grundlage einer Prüfung der Gleichwertigkeit im Falle wesentlicher Unterschiede sog. Ausgleichsmassnahmen anzuordnen.
- Soweit eine bestimmte Frage der Anerkennung von Diplomen, Ausbildungen oder auch Berufserfahrungen nicht vom Sekundärrecht erfasst ist, sind in der Union die **Grundfreiheiten**, die insbesondere auch **materielle Diskriminierungen** aus Gründen der Staatsangehörigkeit verbieten, einschlägig, wobei eine **Rechtfertigung** möglich ist, soweit den Anforderungen der Verhältnismässigkeit Rechnung getragen wird. Das **Freizügigkeitsabkommen** verankert ebenfalls ein **Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 2 FZA)**, und Art. 9 Anhang I FZA (in Bezug auf Arbeitnehmer), Art. 15 Anhang I FZA (in Bezug auf niederlassungswillige natürliche Personen) sowie Art. 17 (in Bezug auf Dienstleistungserbringer) greifen dieses Verbot auf.
- Soweit der Zugang zu einem bestimmten Beruf von der Absolvierung einer im Inland zu durchlaufenden Ausbildung oder von einem bestimmten **inländischen Diplom** abhängig gemacht wird, liegt in aller Regel eine **materielle Diskriminierung** aus Gründen der Staatsangehörigkeit vor. Diese kann u.a.

aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls (z.B. Sicherstellung eines gewissen Ausbildungsniveaus im Hinblick auf eine qualitativ hochstehende Behandlung durch Gesundheitspersonal) **gerechtfertigt** werden. Allerdings muss die Massnahme den Anforderungen der **Verhältnismässigkeit** genügen.

- Nach **Art. 4 Abs. 2 RL 2005/36** findet die RL 2005/36 nur Anwendung, wenn die zur Debatte stehenden **Tätigkeitsbereiche** der Berufe im Herkunfts- und Aufnahmestaat **vergleichbar** im Sinne des Art. 4 Abs. 2 RL 2005/36 sind, so dass auch nur bei Vorliegen dieser Voraussetzung auf ein Anerkennungsgesuch nach der RL 2005/36 eingetreten werden muss. Allerdings dürfte die Vergleichbarkeit nur dann zu verneinen sein, wenn die Unterschiede zwischen den in Frage stehenden Tätigkeitsbereichen so gross sind, dass der Antragsteller in Wirklichkeit eine **vollständige Ausbildung** absolvieren müsste, um die Tätigkeiten, für die er qualifiziert ist, in einem anderen Mitgliedstaat ausüben zu können.
- Sollte die RL 2005/36 nicht zur Anwendung kommen, sind die Vorgaben des **Primärrechts** bzw. der **Diskriminierungsverbote des FZA** zu beachten. Diese implizieren, dass jedenfalls in einer Konstellation, in welcher im Herkunftsstaat durch bestimmte Ausbildungen gewisse Fähigkeiten mit Blick auf Tätigkeiten, welche auch zum Berufsbild des reglementierten Berufs im Aufnahmestaat gehören, auf ein **Anerkennungsgesuch einzutreten** und eine materielle Gleichwertigkeitsprüfung vorzunehmen ist. Dieser Grundsatz gilt auch und gerade dann, wenn es sich bei den Berufen im Herkunfts- und Aufnahmestaat nicht um denselben Beruf im Sinn des Art. 4 Abs. 2 RL 2005/36 handelt. Werden im Aufnahmestaat zusätzliche Qualifikationen verlangt, so ist grundsätzlich vorzusehen, dass der Antragsteller den Nachweis der fehlenden Kenntnisse und Fähigkeiten erbringen kann. Soweit dies aber bedingte, dass letztlich die vollständige Ausbildung absolvieren werden müsste, ist unter den bestimmten Voraussetzungen (objektive Möglichkeit der Trennung der entsprechenden Berufstätigkeit von anderen, im Aufnahmemitgliedstaat unter den reglementierten Beruf fallenden Tätigkeiten, so erhebliche Unterschiede zwischen den Tätigkeitsbereichen, dass die Anwendung von Kompensationsmassnahmen dem Durchlaufen einer vollständigen Ausbildung gleichkommen würde sowie fehlende Rechtfertigungsmöglichkeit) ein partieller Zugang zu gewähren, was auch impliziert, dass diese Frage jedenfalls zu prüfen ist.

41. Die Ausführungen konnten somit verdeutlichen, dass ein **«pauschales» Nichteintreten** auf ein Gesuch zur Anerkennung von Diplomen bzw. Befähigungs- oder Ausbildungsnachweisen grundsätzlich jedenfalls dann **unzulässig** ist,

wenn sich Teilbereiche der Tätigkeiten im Herkunfts- und im Aufnahmestaat überschneiden. Sollte nicht schon derselbe Beruf im Sinn des Art. 4 Abs. 2 RL 2005/36 vorliegen (diesfalls ist das Gesuch auf der Grundlage der **RL 2005/36** zu prüfen), ist jedenfalls aufgrund der **Grundfreiheiten bzw. der Diskriminierungsverbote des Freizügigkeitsabkommens** ein Eintreten und eine materielle Gleichwertigkeitsprüfung geboten. Ggf. ist ein partieller Zugang in Betracht zu ziehen, soweit die Tätigkeiten abtrennbar sind bzw. entsprechend organisiert werden können.

Ein solcher partieller Zugang könnte auch die Modalitäten der Berufsausübung erfassen, was im Bereich medizinischer oder para-medizinischer Leistungen z.B. eine Pflicht von aus dem Ausland stammendem nicht ärztlichem Personal (wie Physiotherapeuten oder Osteopathen), nur auf ärztliches Attest oder aufgrund einer ärztlichen Diagnose tätig zu werden, umfassen könnte, falls im Aufnahmestaat solche Personen aufgrund umfassenderer Ausbildungen auch eigentliche Diagnosen stellen können. Kombiniert werden könnte dies mit einer Pflicht, diese Besonderheiten auch in der Bezeichnung des Berufs zum Ausdruck zu bringen.

Literaturverzeichnis

- Amarelle, Cesla/Nguyen, Minh Son* (Hrsg.): Code annoté de droit des migrations, vol. III: Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), Bern 2014 (zit.: *Verfasser*, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III).
- Berthoud, Frédéric*: La reconnaissance des diplômes dans l'Accord sur la libre circulation des personnes, in: Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU / L'accord sur la libre circulations des personnes Suisse – UE, Zürich, Basel, Genf 2011, 127 ff.
- Berthoud, Frédéric*: La reconnaissance des qualifications professionnelles: Union européenne et Suisse – Union européenne, Genf, Zürich, Basel 2016.
- Bieber, Roland/Epiney, Astrid/Haag, Marcel/Kotzur, Markus*: Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik, 15. Aufl., Baden-Baden 2023 (zit.: *Verfasser*, in: Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, EU).
- Boillet, Véronique*: L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'accord sur la libre circulation, Basel 2010.
- Cottier, Thomas*: Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht, ZSR 2015 I, 325 ff.
- Cottier, Thomas*: Der Rechtsschutz im Rahmenabkommen Schweiz – EU, in: Astrid Epiney/Lena Hehemann/Petru Emanuel Zlatescu (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2018/2019, Zürich/Bern 2019, 359 ff.
- Epiney, Astrid*: Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Personenfreizügigkeitsabkommen, SJZ 2009, 25 ff.
- Epiney, Astrid*: Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU: Erfahrungen, Herausforderungen und Perspektiven, in: Alberto Achermann/Cesla Amarelle/Martina Caroni/Astrid Epiney/Walter Kälin/Peter Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2011/2012, Bern 2012, 81 ff.
- Epiney, Astrid*: Freizügigkeit Schweiz – EU: status quo, Perspektiven und offene Fragen, in: Alberto Achermann/Cesla Amarelle/Martina Caroni/Astrid Epiney/Jörg Künzli/Peter Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2015/2016, Bern 2016, 3 ff.
- Epiney, Astrid*: Strafrechtliche Landesverweisung und FZA, Jusletter vom 19.8.2019.
- Epiney, Astrid*: Zur Diplomanerkennung im Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, 38 S., Jusletter vom 15. März 2021.
- Epiney, Astrid*: Zur Reichweite der «Sperrwirkung» des Sekundärrechts, AJP 2021, 849 ff.

- Epiney, Astrid*: § 13: Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, in: Ferdinand Wollenschläger (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht (EnzEuR) Band 10: Europäischer Freizügigkeitsraum – Unionsbürgerschaft und Migrationsrecht, Baden-Baden 2021, 447 ff.
- Epiney, Astrid*: Les implications de l'échec des négociations d'un Accord-cadre entre la Suisse et l'Union européenne – aspects choisis, Cahiers fribourgeois de droit européen no 30, 54 p., Fribourg 2022.
- Epiney, Astrid*: Ist die „Schubert-Rechtsprechung“ noch aktuell? Zur Frage des Verhältnisses zwischen Völker- und Landesrecht. Mit besonderem Blick auf BGE 148 II 169, AJP 2023, 699 ff.
- Epiney, Astrid*: Zum Vorrang des FZA bei der Landesverweisung. Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichts 6B_205/2023 vom 17. August 2023, 5 S., dRSK vom 13.11.2023.
- Epiney, Astrid/Affolter, Sian*: Das Institutionelle Abkommen und die Unionsbürgerrichtlinie, Jusletter vom 11.3.2019.
- Epiney, Astrid/Gammenthaler, Nina*: Marktzugang in der EU und in der Schweiz: Rechtsquellen, Tragweite der Grundfreiheiten und des Personenfreizügigkeitsabkommens, in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler/Inge Hochreutener (Hrsg.), Marktzugang in der EU und in der Schweiz. Zur grenzüberschreitenden Mobilität von Personen und Unternehmen im EU-Recht und dem Personenfreizügigkeitsabkommen, Zürich 2008, 1 ff.
- Epiney, Astrid/Hunziker, Evamaria*: Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann/Cesla Amarelle/Véronique Boillet/Martina Caroni/Astrid Epiney/Peter Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2022/2023, Bern 2023, 339 ff.
- Epiney, Astrid/Matter, Livia*: Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann/Véronique Boillet/Martina Caroni/Astrid Epiney/Jörg Künzli/Peter Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2019/2020, Bern 2020, 359 ff.
- Epiney, Astrid/Matter, Livia*: Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens Schweiz – EU (FZA) im Bereich der Diplomanerkennung. Unter besonderer Berücksichtigung der Osteopathie, Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 28, 54 S., Freiburg 2021.
- Epiney, Astrid/Metz, Beate/Pirker, Benedikt*: Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz. Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der „Bilateralen Abkommen“, Zürich 2012.
- Epiney, Astrid/Mosters, Robert*: Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in Astrid Epiney/Stefan Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen 2013/2014, Zürich 2014, 57 ff.

- Epiney, Astrid/Mosters, Robert*: Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahre 2022 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz - EU, in: Astrid Epiney/Sarah Progin-Theuerkauf/Flaminia Dahinden/Petru Emanuel Zlatescu (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen 2022/2023, Zürich/Bern 2023, 71 ff.
- Gammenthaler, Nina*: Die schweizerische Rechtsprechung zur Diplomanerkennung im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EG, in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2008/2009, Zürich 2009, 419 ff.
- Gammenthaler, Nina*: Die schweizerische Rechtsprechung zur Diplomanerkennung im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens Schweiz – EG, in: Astrid Epiney/ Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, Zürich 2010, 323 ff.
- Gammenthaler, Nina*: Diplomanerkennung und Freizügigkeit, Diss., Zürich, Basel, Genf 2010.
- Görlitz, Niklas*: Immer noch unterschätzt: Die gemeinschaftsrechtlichen Vlassopoulou-Grundsätze, EWS 2002, 20 ff.
- von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin* (Hrsg.): Europäisches Unionsrecht. Vertrag über die Europäische Union. Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union. Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 7. Aufl. Baden-Baden 2015 (zit.: *Verfasser*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUV/AEUV/GRC).
- Günthardt, Joel*: Switzerland and the European Union – The implications of the institutional framework and the right of freemovement for the mutual recognition of professional qualifications, Zürich/St. Gallen 2021.
- Günthardt, Joel*: Zur Diplomanerkennung im Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU. Ungeklärte Fragen zur primärrechtlichen Diplomanerkennung Schweiz – EU unter Berücksichtigung des institutionellen Rahmenabkommens, Jusletter vom 14. Juni 2021.
- Günthardt, Joel*: Die Nichtaufdatierung der bilateralen Abkommen Schweiz-EU am Beispiel der Diplomanerkennung, SJZ 2022, 159 ff.
- Günthardt, Joel/Tobler, Christa*: Aktuelle Entwicklungen im Bereich der Diplomanerkennung und ihre Bedeutung für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, Jusletter vom 3. April 2023.
- Kluth, Winfried*: Neuere Entwicklungen im Sekundärrecht: Berufsqualifikationsanerkennungsrichtlinie und Dienstleistungsrichtlinie, in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler/Inge Hochreutener (Hrsg.), Marktzugang in der EU und in der Schweiz. Zur grenzüberschreitenden Mobilität von Personen und Unternehmen im EU-Recht und dem Personenfreizügigkeitsabkommen, Zürich 2008, 45 ff.

- Kluth, Winfried/Rieger, Frank*: Die gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen und berufsrechtlichen Wirkungen von Herkunftslandprinzip und Bestimmungslandprinzip – eine Analyse am Beispiel von Dienstleistungs- und Berufsanerkennungrichtlinie -, *GewArch* 2006, 1 ff.
- Liechti, Rachel/Cottier, Thomas*: Revision MedBG: Nachweis der Beherrschung einer Landessprache und Vereinbarkeit mit dem FZA, September 2014 (verfügbar unter: https://www.siwf.ch/files/pdf15/Kurzgutachten_Nachweis_Beherrschung_Landessprache1.pdf).
- Maiani, Francesco*: La „saga Metock“, ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne, *ZSR* 2011 I, 27 ff.
- Oesch, Matthias*: Niederlassungsfreiheit und Ausübung öffentlicher Gewalt im EU-Recht und im Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, *SZIER* 2011, 583 ff.
- Oesch, Matthias*: Der Einfluss des EU-Rechts auf die Schweiz – von Gerichtsdolmetschern, Gerichtsgutachten und Notaren, *SJZ* 2016, 53 ff.
- Pirker, Benedikt*: Zu den für die Auslegung der Bilateralen Abkommen massgeblichen Grundsätzen – Gedanken zu BGE 140 II 112 (Gerichtsdolmetscher), *ZBl.* 2015, 295 ff.
- Pirker, Benedikt*: Zum Schiedsgericht im Institutionellen Abkommen, *Jusletter* vom 3.6.2019.
- Pirker, Benedikt*: Auslegung des Freizügigkeitsabkommens und Unionsbürgerrichtlinie, *dRSK* vom 20.7.2023.
- Spescha, Marc/Zünd, Andreas/Bolzli, Peter/Hruschka, Constantin/de Weck, Fanny* (Hrsg.): *Migrationsrecht: Kommentar: Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG), Asylgesetz (AsylG), Bürgerrechtsgesetz (BüG) sowie Freizügigkeitsabkommen (FZA) mit weiteren Erlassen*, 5. Aufl., 2019 (zit: *Verfasser*, in: *Spescha u.a., Migrationsrecht*).

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	Artikel
BGE	Bundesgericht, amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht, SR 173.110
bzw.	beziehungsweise
E.	Erwägung
ECLI	European Case Law Identifier
ECTS	European Credit Transfer System
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EQAR	European Quality Assurance Register for Higher Education
FH	Fachhochschule
FZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.142.112.681
GDK	Gesundheitsdirektorenkonferenz
GewArch	Gewerbearchiv
GRCh	Grundrechtecharta
i.e.S.	im engeren Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
m.a.W.	mit anderen Worten
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen

lit.	litera
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz
s.	siehe
SBFI	Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation
SJER	Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
sog.	sogenannte, sogenannter, sogenannten
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRK	Schweizerisches Rotes Kreuz
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht
vgl.	Vergleiche
VO	Verordnung
VRK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.5.1969, SR 0.111
WBF	Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung
z.B.	zum Beispiel
ZBl.	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

Cahiers fribourgeois de droit européen

Freiburger Schriften zum Europarecht

Publiés sous l'égide de l'Institut de droit européen de l'Université de Fribourg
Herausgegeben vom Institut für Europarecht der Universität Freiburg i. Ü.

Derniers numéros parus / Letzte erschienene Nummern

- 29 Laure Prevignano
Entre Fédéralisme et Intergouvernementalisme : Une perspective de droit constitutionnel européen sur la réponse de l'UE à la crise de COVID-19

- 30 Astrid Epiney
Les implications de l'échec des négociations d'un Accord-cadre entre la Suisse et l'Union européenne : aspects choisis

- 31 Astrid Epiney / Evamaria Hunziker
Zur Umsetzung des Weiterbildungsgesetzes – ausgewählte Fragen

- 32 Nula Frei
Die Umsetzung der Kinderrechtskonvention in der Stadt St. Gallen: Relevanz der Empfehlungen der Kinderrechtsausschusses *und* Umsetzung der vier Grundprinzipien der KRK im Gemeinderecht

- 33 Astrid Epiney / Nula Frei ; unter Mitarbeit von Tim Walz
Datenbekanntgabe zwischen Bundesbehörden: rechtlicher Rahmen : unter besonderer Berücksichtigung des Lebensmittel-, Heilmittel-, Tierschutz- und Chemikalienrechts

- 34 Astrid Epiney
Zur Reichweite der Pflicht zur Prüfung der Gleichwertigkeit ausländischer Diplome

Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU (FZA) enthält zahlreiche Verpflichtungen im Hinblick auf die Garantie und Erleichterung der Personenfreizügigkeit. Soweit die Anerkennung von Diplomen und / oder Ausbildungen betroffen ist, sind dem FZA neben den sekundärrechtlichen Pflichten – die insbesondere in der RL 2005/36, die in das FZA „übernommen“ wurde, enthalten sind – auch allgemeine Grundsätze der Nichtdiskriminierung zu entnehmen. Diese sind dem Unionsrecht entlehnt, und der EuGH hatte sich schon verschiedentlich zur Frage der Pflicht der Mitgliedstaaten, in anderen Mitgliedstaaten absolvierte Ausbildungen oder Berufserfahrungen anzuerkennen, zu äussern.

Auf dieser Grundlage gilt sowohl in der EU als auch in der Schweiz, dass im EU-Ausland bzw. in der Schweiz erlangte Berufsausweise ganz oder teilweise anzuerkennen sind (im letzteren Fall bleiben sog. Ausgleichsmassnahmen vorbehalten). Eine zentrale Frage in diesem Zusammenhang ist diejenige danach, ob und inwieweit diese Pflicht grundsätzlich auch dann zum Zuge kommt, wenn sich die Berufsbilder im Ausbildungsstaat und im Aufnahmestaat unterscheiden (z.B. hinsichtlich der „erlaubten“ Tätigkeiten oder der erworbenen Fähigkeiten). Die vorliegende Untersuchung geht dieser Frage nach, wobei der Akzent darauf liegt, ob eine Pflicht zum Eintreten auf eine solche Prüfung besteht.

Astrid Epiney, Prof. Dr. iur., LL.M., Lehrstuhl für Europarecht, Völkerrecht und öffentliches Recht der Universität Freiburg i.Ue., geschäftsführende Direktorin des Instituts für Europarecht.