

Astrid Epiney / Livia Matter

# **Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens Schweiz – EU (FZA) im Bereich der Diplomanerkennung**

Unter besonderer Berücksichtigung der Osteopathie

2021

Cahiers fribourgeois de droit européen no 28  
Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 28

**Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens  
Schweiz – EU (FZA) im Bereich der  
Diplomanerkennung**

Unter besonderer Berücksichtigung der Osteopathie

*Prof. Dr. Astrid Epiney, LL.M.*

*Livia Matter, MLaw*

L'Institut de droit européen, dirigé par les Professeurs Marc Amstutz, Samantha Besson et Astrid Epiney, 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 docto-rants, des avis de droit ou des versions écrites de conférences données à l'Université de Fribourg.

Das Institut für Europarecht unter der Leitung von Professor Marc Amstutz und den Professorinnen Samantha Besson und Astrid Epiney hat als Kompetenzzentrum der rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Universitäten Bern, Neuen-burg und Freiburg unter anderem die Aufgabe, zu der effizienten Nutzung der auf diesem Gebiet zu Verfügung stehen- den Ressourcen beizutragen. Neben den mit der Lehre im Europarecht verbundenen Aufgaben zählen zu seinen Aktivi- täten die Führung einer europarechtlichen Bibliothek und eines europäischen Dokumentationszentrums, die Organisati- on 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](http://www.unifr.ch/ius/euroinstitut)

März 2021

Copyright chez l'auteur / beim Autor

Pas disponible en librairie / nicht im Buchhandel erhältlich

# Inhaltsverzeichnis

<b>§ 1 Einleitung und Problemstellung</b> .....	<b>1</b>
<b>§ 2 Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU: eine Skizze</b> .....	<b>4</b>
I.    Aufbau und Zielsetzungen.....	4
II.   Zur Auslegung des FZA .....	5
III.  Zur Regelung der Diplomanerkennung im FZA .....	9
1.    Art. 9 FZA i.V.m. Anhang III FZA.....	9
2.    Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit.....	10
<b>§ 3 Zur Diplomanerkennung in der EU und im FZA – Grundsätze</b> .....	<b>15</b>
I.    Primärrecht .....	15
1.    Anerkennung von Diplomen, Fähigkeitsausweisen und Berufspraxis .....	16
a) Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten bei der Verfolgung der Schutzanliegen und der Schutzziele .....	16
b) Verhältnismässigkeit .....	17
2.    Ausschliessliche Rechte der Ausübung bestimmter Tätigkeiten.....	22
3.    Vorgaben für die Art und Weise der Durchführung bestimmter Tätigkeiten.....	23
4.    Sonstige Marktzugangsregeln .....	24
II.   Sekundärrecht.....	25
<b>§ 4 Zur Diplomanerkennung im Bereich der Osteopathie im Besonderen</b> .....	<b>36</b>
I.    Ausgangslage: zur Regelung der Osteopathie in der Schweiz .....	36
II.   Zur Anerkennung von ausländischen Ausbildungsnachweisen - unter besonderer Berücksichtigung österreichischer Abschlüsse in Osteopathie .....	39
1.    Zur Anerkennung auf der Grundlage der RL 2005/36 .....	40
2.    Zur Tragweite des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit .....	43
III.  Exkurs: zum Rechtsschutz.....	44
<b>§ 5 Zusammenfassung und Schlussbemerkung</b> .....	<b>45</b>
I.    Zusammenfassung .....	45
II.   Schlussbemerkung.....	47
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>48</b>
<b>Materialien</b> .....	<b>51</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	<b>52</b>

## § 1 Einleitung und Problemstellung

1. Das **Freizügigkeitsabkommen (FZA)** zwischen der Schweiz und der Europäischen Union<sup>1</sup> bezweckt die Einführung der 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 Grund-sätze 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.<sup>2</sup> Vor diesem Hintergrund wurden auf Unionsebene schon vergleichsweise früh **sekundärrechtliche Regelungen über die Diplomanerkennung** erlassen, wobei heute die RL 2005/36<sup>3</sup> von besonderer Bedeutung ist.<sup>4</sup> Daneben, bzw. soweit keine spezifischen sekundärrechtlichen Regelungen existieren, sind solche Berufsausübungsregelungen auch am Massstab der **Grundfreiheiten** (wobei je nach Fallgestaltung die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die Dienstleistungsfreiheit oder die Niederlassungsfreiheit zum Zuge kommen) zu messen.

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

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

<sup>4</sup> 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, ABl. 1998 L 77, 36. Vgl. zum System und den Methoden instruktiv *Tiedje*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EU/AEUV/GRC, Art. 53 AEUV, Rn. 49 ff.

**3.** Das **Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU** übernimmt diese Regelungen: 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 Personen<sup>5</sup> sowie Art. 17 in Bezug auf Dienstleistungserbringer) und **Art. 2 FZA** verankern jedenfalls ein **Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit**,<sup>6</sup> welches im vorliegenden Zusammenhang relevant ist, da das Erfordernis einer bestimmten inländischen Qualifikation regelmässig eine materielle Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit darstellt.<sup>7</sup>

**4.** Die **genaue Tragweite der primär- und sekundärrechtlichen Vorgaben** im Zusammenhang mit der Anerkennung von Berufsqualifikationen und Diplomen wirft in der Praxis immer wieder (mitunter komplexe) **Fragen** auf, wie sowohl die nicht wenigen Urteile des EuGH<sup>8</sup> als auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>9</sup> illustrieren. Die vorliegende Untersuchung soll vor diesem Hintergrund – ausgehend von einem **Überblick über Grundstruktur und Inhalt des FZA**, insbesondere soweit die Auslegungsgrundsätze und die Regelung der Diplomanerkennung im Abkommen im Allgemeinen betroffen sind (§ 2) – einerseits die **Grundstrukturen der unionsrechtlichen Vorgaben** in Bezug auf die **Anerkennung von Berufsqualifikationen und Diplomen** aufzeigen (§ 3), bevor andererseits auf die spezifische Frage eingegangen werden soll, welche Pflichten sich hieraus für die **Anerkennung eines Diploms in Osteopathie in der Schweiz** ergeben, dies unter besonderer Berücksichtigung der Frage, ob und inwieweit in Bezug auf ein diesbezügliches Anerkennungsgesuch eines in Österreich erlangten Diploms eine Pflicht der zuständigen Behörden, auf ein solches Gesuch einzutreten, besteht (§ 4). Abschliessend werden die wesentlichen Ergebnisse zusammengefasst und ein kurzes Fazit formuliert (§ 5).

Allerdings beschränkt sich die Untersuchung insofern auf die Grundsätze, als die rechtlichen Vorgaben und ihre Tragweite aufgezeigt und analysiert werden. Soweit es ausgehend von diesen um spezifisch «technische» Aspekte geht, welche Fachkenntnisse der Charakteristika der osteopathischen Ausbildungen erfordern, wird auf diese Grundsätze verwiesen werden, welche dann auf die spezifische Konstellation der Osteopathie anzuwenden sind.

Die vorliegende Untersuchung geht auf ein Gutachten zurück, das im Auftrag des Verbands der Vereinigung akademischer OsteopathInnen Schweiz (VaOS) erstellt wurde. Inhaltlich handelt es sich aber um ein unabhängiges Gutachten. Die Verfasserin wurde ausdrücklich nicht auf eine vorgefasste Ansicht oder ein vorgegebenes Ergebnis verpflichtet, sondern um eine unabhängige Klä-

---

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Es ist hingegen streitig und durch die Rechtsprechung noch nicht geklärt, 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.).

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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 2019/2020, 79 ff.

<sup>9</sup> Vgl. die regelmässigen Berichte über die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum FZA im Jahrbuch für Migrationsrecht, s. zuletzt *Epiney/Matter*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2019/2020, 359 ff.

rung 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. Vor diesem Hintergrund soll das Gutachten die Frage klären, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Rechtsfolgen aus dem FZA eine Pflicht abzuleiten ist, in anderen Mitgliedstaaten absolvierte Ausbildungen bzw. Teile derselben anzuerkennen, dies aufgezeigt am Beispiel der Frage, ob die in Österreich durchlaufene Ausbildung als Osteopath in der Schweiz zumindest teilweise anzuerkennen ist bzw. ob die zuständigen Behörden auf eine Prüfung der teilweisen Gleichwertigkeit eintreten müssen.»

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.

## § 2 Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU: eine Skizze<sup>10</sup>

### I. Aufbau und Zielsetzungen

5. Das Freizügigkeitsabkommen besteht aus folgenden **Teilen**:<sup>11</sup>

- Ein insgesamt 25 Artikel umfassender, relativ kurzer **Haupttext** enthält neben den Zielsetzungen die grundsätzlichen Prinzipien und Rechte der in den persönlichen Anwendungsbereich des Abkommens fallenden Personen (so u.a. auch das allgemeine Diskriminierungsverbot in Art. 2 FZA), einige allgemeine Bestimmungen und institutionelle Regelungen sowie die bei völkerrechtlichen Verträgen üblichen Schlussbestimmungen.
- **Anhang I** enthält **detaillierte Regelungen über die Freizügigkeit**, wobei zwischen der Arbeitnehmerfreizügigkeit, der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (letztere wird nur in engen Grenzen gewährt) sowie der Freizügigkeit von Nichterwerbstätigen und Familienangehörigen zu unterscheiden ist. Die Bestimmungen des Anhangs sind grösstenteils – aber nicht durchgehend – sekundärrechtlichen Regelungen (so wie sie zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens am 21.6.1999 existierten) nachgebildet.
- **Anhang II** betrifft die Koordinierung der **Systeme der sozialen Sicherheit**, wobei im Wesentlichen auf die einschlägigen unionsrechtlichen Vorschriften verwiesen wird und die Schweiz sich verpflichtet, eine „gleichwertige“ Rechtslage sicherzustellen.
- **Anhang III** entspricht strukturell Anhang II und enthält die für den vorliegenden Beitrag besonders relevanten Vorgaben über die **Anerkennung von Diplomen**, Zeugnissen und sonstigen beruflichen Befähigungsausweisen.

Dazu kommen noch drei **Protokolle**, die ebenfalls Bestandteil des Abkommens sind (Art. 15 FZA), sowie eine Schlussakte mit gemeinsamen und einseitigen Erklärungen der Vertragsparteien, welche bei der Auslegung des Abkommens zu berücksichtigen sind.<sup>12</sup>

6. Besonders zu erwähnen ist Art. 1 FZA, der die bereits angesprochene<sup>13</sup>, in der Präambel formulierte **Zielsetzung des FZA**, die Freizügigkeit auf der Grundlage der in der Union geltenden Bestimmungen zu verwirklichen, durch die Aufzählung der durch das Abkommen geregelten Rechte konkretisiert. 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) Gewährleistungen im Unionsrecht (vgl. Art. 1 lit. c) FZA). Dagegen wird die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56

---

<sup>10</sup> Die nachfolgenden Ausführungen unter I. und II. greifen teilweise auf bereits durchgeführte Untersuchungen zurück, die aufgegriffen werden, vgl. insbesondere *Epiney*, in: Enzyklopädie Europarecht, Bd. 10 (Freizügigkeit), § 15 (im Erscheinen).

<sup>11</sup> Vgl. allgemein zum Freizügigkeitsabkommen die Nachweise bei *Epiney/Affolter*, Jusletter vom 11.3.2019, Fn. 4.

<sup>12</sup> Vgl. Art. 31 Abs. 2 lit. a), b) VRK.

<sup>13</sup> Rn. 1.



AEUV) nur partiell übernommen, indem lediglich die Erbringung kurzfristiger Dienstleistungen liberalisiert wird (vgl. Art. 1 lit. b) FZA).

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.<sup>14</sup> Grundsätzlich kommt ihm **Vorrang** gegenüber innerstaatlichem Recht jeden Ranges zu.<sup>15</sup> Soweit die – auf der Grundlage der völkerrechtlichen Auslegung des Abkommens – Voraussetzungen der **unmittelbaren Anwendbarkeit** (Regelung der Rechtsstellung Einzelner, Justiziabilität bzw. hinreichende Bestimmtheit sowie Verpflichtung innerstaatlicher Behörden) gegeben sind, kommt den Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens unmittelbare Wirkung zu, so dass sich (begünstigte) Einzelne auf sie berufen können.<sup>16</sup>

## II. Zur Auslegung des FZA

7. Als **völkerrechtlicher Vertrag** ist das Abkommen nach den einschlägigen **völkerrechtlichen Grundsätzen**, die in der Wiener Vertragsrechtskonvention (VRK)<sup>17</sup> kodifiziert sind, auszulegen. Danach sind die wesentlichen Anknüpfungspunkte für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge Treu und Glauben, Wortlaut, systematischer Zusammenhang oder Kontext sowie Gegenstand und Zweck des Vertrages (Art. 31 VRK); daneben ist ggf. die nachfolgende Praxis der Parteien einzubeziehen, während die Entstehungsgeschichte keinen primären Anknüpfungspunkt bildet (Art. 32 VRK). Diese Grundsätze – deren Bedeutungsgehalt hier nicht im Einzelnen nachgegangen werden kann<sup>18</sup> – sind somit recht abstrakt und allgemein formuliert; insbesondere können die verschiedenen, nicht in einer strengen hierarchischen Reihenfolge stehenden Auslegungsmethoden in verschiedener Weise kombiniert und gewichtet werden, womit den Besonderheiten des jeweils auszulegenden völkerrechtlichen Vertrages Rechnung getragen werden kann und wohl auch sollte. Insofern dürften sie eine hohe Flexibilität aufweisen, so dass für die Auslegung eines Vertrages letztlich seinen Spezifitäten (etwa hinsichtlich Zielsetzung, Inhalt, Gegenstand oder auch Zusammenhang mit anderen Verträgen) eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zukommen dürfte.

8. Versucht man vor diesem Hintergrund die für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens massgeblichen Grundsätze zu formulieren, so ist der Ausgangspunkt zunächst, dass das Abkommen in weiten Teilen auf Begriffe oder Konzepte des Unionsrechts zurückgreift bzw. in einigen Artikeln gar weitgehend wörtlich **Bestimmungen des Unionsrechts übernimmt**. Aus diesem Rückgriff auf dem Unionsrecht ent-

---

<sup>14</sup> Ausführlich zu den Rechtswirkungen des FZA im innerstaatlichen Bereich und zum Verhältnis zum nationalen Recht *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2015/2016, 3 (7 ff.).

<sup>15</sup> BGE 142 II 35; s. aber auch die etwas andere Akzentsetzung in neueren Urteilen der Strafrechtlichen Abteilung (BGer 6B\_378/2018 vom 22.5.2019; BGer 6B\_48/2019 vom 9.8.2019). Vgl. im Einzelnen zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht mit Bezug auf das Freizügigkeitsabkommen *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, 81 (107 ff.); *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2015/2016, 3 (7 ff.). Zur Rechtsprechung der Strafrechtlichen Abteilung *Epiney*, Jusletter v. 19.8.2019.

<sup>16</sup> S. insoweit – mit Bezug zur Diplomanerkennung – BGE 132 II 135 E. 6.1; BGE 134 II 341; *Gamenthaler*, Diplomanerkennung, 301; *Oesch*, SZIER 2011, 583 (614 f.).

<sup>17</sup> Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.5.1969, SR 0.111.

<sup>18</sup> Vgl. insoweit sowie allgemein zur Auslegung völkerrechtlicher Abkommen der EU, m.w.N., *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung, 5 ff., 182 ff.; spezifisch mit Bezug zum FZA auch *Pirker*, ZBl. 2015, 295 (296 ff.).

sprechende oder gar mit diesem identische Formulierungen ergibt sich aber nicht zwingend, dass die jeweiligen Bestimmungen parallel zum Unionsrecht auszulegen sind;<sup>19</sup> vielmehr **verbietet** sich eine «**automatische Übertragung**» der im Unionsrecht greifenden Auslegung schon deshalb, weil das Unionsrecht auf der Grundlage seiner verfassungsähnlichen Struktur und seiner spezifischen Zielsetzungen von besonderen Grundsätzen geprägt ist, die auch und gerade Rückwirkungen auf seine Auslegung entfalten können, ohne dass damit die völkerrechtliche Grundlage der Union und des Unionsrechts zwingend aufgegeben wird. Massgeblich ist daher, ob sich aus den erwähnten Vorgaben der Wiener Vertragsrechtskonvention bzw. den entsprechenden völkergewohnheitsrechtlichen Regeln ein «Grundsatz der parallelen Auslegung» der dem Unionsrecht nachgebildeten Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens ergibt. So könnte insbesondere aus dem Gebot, dass Verträge unter Berücksichtigung ihres Ziels und Gegenstands auszulegen sind, abzuleiten sein, dass gewisse im Unionsrecht anwendbare Auslegungsgrundsätze auf völkerrechtliche Verträge anzuwenden sind, dies soweit diese (teilweise) dieselben Zielsetzungen verfolgen wie die entsprechenden unionsrechtlichen Garantien.<sup>20</sup>

**9.** Daher sind in all denjenigen Fällen, in denen **Abkommen mit Drittstaaten Teile des unionsrechtlichen Besitzstands übernehmen** und die **Zielsetzung des jeweiligen Abkommens gerade dahin geht, das in der Union geltende Rechtsregime auf das Verhältnis zu Drittstaaten auszuweiten**, die entsprechenden Abkommensbestimmungen grundsätzlich parallel zu den einschlägigen unionsrechtlichen Bestimmungen auszulegen; ist diese Frage zu verneinen, so kommt eine «automatische» Übertragung der unionsrechtlichen Auslegungsgrundsätze nicht in Betracht.<sup>21</sup> Massgeblich sind damit Ziel und Zweck des entsprechenden Abkommens, und es ist insbesondere danach zu fragen, ob das jeweilige Abkommen angesichts seines **Zwecks und Kontexts parallele Zielsetzungen wie das Unionsrecht** und die dort figurierenden entsprechenden Bestimmungen verfolgt und ob auf dieser Grundlage in Anbetracht des Gegenstands der fraglichen Bestimmung eine «Übernahme» des entsprechenden unionsrechtlichen Besitzstands beabsichtigt ist und sich damit (grundsätzlich) eine parallele Auslegung von Abkommen und Unionsrecht aufdrängt, wobei ggf. noch zu eruieren ist, ob sich dieser Grundsatz auch auf zukünftige Entwicklungen des *acquis* bzw. der Rechtsprechung bezieht.

---

<sup>19</sup> Auch der EuGH geht davon aus, dass mit dem Unionsrecht wörtlich übereinstimmende völkervertragsrechtliche Bestimmungen nicht zwingend parallel wie im Unionsrecht auszulegen sind. Vgl. etwa EuGH, Rs. C-270/80 (Polydor), ECLI:EU:C:1982:43; EuGH, Rs. C-104/81 (Kupferberg), ECLI:EU:C:1982:362; EuGH, Rs. C-149/96 (Portugal/Rat), ECLI:EU:C:1999:574; EuGH, Gutachten 1/91 (EWR), ECLI:EU:C:1991:490.

<sup>20</sup> S. aus der Rechtsprechung z.B. EuGH, Rs. C-312/91 (Metalsa), ECLI:EU:C:1993:279; EuGH, Rs. C-469/93 (Chiquita), ECLI:EU:C:1995:435; EuGH, Rs. C-465/01 (Kommission/Österreich), ECLI:EU:C:2004:530; EuGH, Rs. C-467/02 (Cetinkaya), ECLI:EU:C:2004:708.

<sup>21</sup> Der Vollständigkeit halber sei aber darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die parallele Auslegung völkerrechtlicher Verträge nicht ganz konsistent erscheint und der EuGH bei (scheinbar?) vergleichbaren Fallgestaltungen gelegentlich eine «Übertragung» der unionsrechtlichen Grundsätze vornimmt, diese gelegentlich aber auch ablehnt. Vgl. insbesondere EuGH, Gutachten 1/91 (EWR), ECLI:EU:C:1991:490; EuGH, Rs. C-235/99 (Kondova), ECLI:EU:C:2001:489; EuGH, Rs. C-63/99 (Gloszczuk), ECLI:EU:C:2001:488; EuGH, Rs. C-257/99 (Barkoci und Malik), ECLI:EU:C:2001:491 (gegen eine parallele Auslegung); EuGH, Rs. C-268/99 (Jany), ECLI:EU:C:2001:616; EuGH, Rs. C-162/00 (Pokrzeptowicz Meyer), ECLI:EU:C:2002:57; EuGH, Rs. C-163/90 (Legros), ECLI:EU:C:1992:326 (für eine parallele Auslegung).

10. Wendet man diese Grundsätze auf das **Freizügigkeitsabkommen** an, so dürften folgende Aspekte von besonderer Bedeutung sein:

- Die **Zielsetzung** des Abkommens kann dahingehend zusammengefasst werden, dass im Wesentlichen im Verhältnis der EU-Mitgliedstaaten zur Schweiz im Bereich der Personenfreizügigkeit parallele Grundsätze zur Anwendung kommen sollen wie im Verhältnis der EU-Staaten untereinander (dies auf der Grundlage der Rechtslage zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens, wobei die Anhänge II und III betreffend die soziale Sicherheit und die Diplomanerkennung allerdings durch den Gemischten Ausschuss modifiziert werden können, Art. 18 FZA). Ausgenommen bleiben einige punktuelle Aspekte (z.B. Beschränkung des Abkommens auf kurzfristige Dienstleistungen oder Nichtübernahme des Konzepts der Unionsbürgerschaft im Abkommen).
- In diesem Sinn greifen weite Teile des Abkommens – wie bereits erwähnt – wörtlich oder sinngemäss auf **unionsrechtliche Konzepte bzw. Garantien** zurück und lassen diese in das Abkommen einfließen.
- In **materieller Hinsicht** gewährleistet das Abkommen auf dieser Grundlage die Arbeitnehmer- und Niederlassungsfreiheit von Unionsbürgern parallel zur Rechtslage in der Europäischen Union; gleiches gilt für kurzzeitige Dienstleistungen im Aufnahmestaat. Weiter wird die Freizügigkeit Nichterwerbstätiger unter der Voraussetzung einer ausreichenden Krankenversicherung und hinreichender Existenzmittel ebenfalls grundsätzlich parallel zur Situation in der EU<sup>22</sup> gewährleistet. Gleiches gilt für den Familiennachzug und die Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen. Insofern soll also der freie **Personenverkehr möglichst weitgehend und grundsätzlich parallel zur Situation in der Union** gewährleistet werden.
- Gemäss **Art. 16 Abs. 2 S. 1 FZA** ist in all denjenigen Fällen, in denen für die Anwendung des Abkommens Begriffe des Unionsrechts herangezogen werden, die «einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung» zu berücksichtigen.

11. Vor diesem Hintergrund 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 an-

---

<sup>22</sup> Wobei hier jedoch aufgrund des Erlasses der RL 2004/38 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (ABl. 2004 L 158, 77) derzeit gewisse Divergenzen zu verzeichnen sind, da die in der RL 2004/38 enthaltenen Neuerungen (noch) nicht in Bezug auf die Schweiz anwendbar sind. Hierzu im Einzelnen *Epiney/Affolter*, Jusletter vom 11.3.2019.

zunehmen ist, wenn deutlich wird, dass ein vom Unionsrecht differierendes Konzept verfolgt wird bzw. eine andere Rechtslage zugrunde gelegt werden sollte. 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.

**12.** Die Rechtsprechung des **Bundesgerichts** hat diese Grundsätze seit dem diesbezüglichen Leitentscheid<sup>23</sup> immer wieder – unter Einbezug der grundsätzlichen Massgeblichkeit der neueren Rechtsprechung des EuGH<sup>24</sup> – klar betont (jedenfalls soweit die II. Öffentlich-rechtliche Abteilung betroffen ist),<sup>25</sup> und auch die Rechtsprechung 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 zurück greift, werden solche neueren Urteile doch regelmässig zitiert und im Rahmen der Begründung herangezogen),<sup>26</sup> nachdem in den ersten Urteilen einige eher missverständliche Passagen zu verzeichnen waren.<sup>27</sup> Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass der Gerichtshof jeweils auch betont, eine automatische Übertragung der unionsrechtlichen Grundsätze komme

---

<sup>23</sup> 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/Matter*, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2019/2020, 359 ff.

<sup>24</sup> Von der nur aus «triftigen Gründen» und keineswegs «leichthin» abgewichen werden dürfe, vgl. BGE 136 II 5. Bis heute ist in der insgesamt facettenreichen Rechtsprechung des Bundesgerichts kein einziges Beispiel des Vorliegens eines solchen «triftigen Grundes» zu finden.

<sup>25</sup> 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. 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.

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> 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.

nicht in Betracht.<sup>28</sup> Auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur sind diese Grundsätze im Prinzip anerkannt, so dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung allgemein auf Zustimmung stösst.<sup>29</sup>

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.<sup>30</sup> Die erörterten Grundsätze werden hierdurch aber nicht in Frage gestellt.

### III. Zur Regelung der Diplomanerkennung im FZA

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

**13.** 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, die im Verhältnis Schweiz-EU anwendbar sind.<sup>31</sup> Dabei sind in Abschnitt A Anhang III FZA die (auch auf EU-Ebene) rechtlich verbindlichen Sekundärrechtsakte aufgeführt, die – vorbehaltlich genügender Bestimmtheit – unmittelbar anwendbar sind. Den in Abschnitt B Anhang III FZA figurierenden Rechtsakten kommt innerhalb der EU kein rechtsverbindlicher Charakter zu, weshalb sie auch im Verhältnis Schweiz-EU als solche rechtlich nicht bindend sind.<sup>32</sup>

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 ist.<sup>33</sup>

**14.** 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.<sup>34</sup> Art. 9 FZA bezweckt somit die volle Gewährleistung der freien Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EU. Damit soll den Staatsangehörigen der Vertragsparteien ein nichtdiskriminie-

---

<sup>28</sup> EuGH, Rs. C-581/17 (Wächtler), ECLI:EU:C:2019:138.

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> Vgl. insoweit, mit zahlreichen Beispielen, *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, 81 (84 ff.).

<sup>31</sup> S. insoweit schon oben Rn. 5.

<sup>32</sup> Vgl. insoweit auch *Gammenthaler*, Diplomanerkennung, 299 ff.

<sup>33</sup> *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.).

<sup>34</sup> *Gammenthaler*, Diplomanerkennung, 298.

rendes System des Zugangs zu wirtschaftlichen Tätigkeiten garantiert werden, dies entsprechend der Rechtslage in der Union.<sup>35</sup>

**15.** Soweit die Auslegung von Anhang III FZA betroffen ist, sind die in diesem aufgeführten EU-Rechtsakte in Anwendung der erörterten Grundsätze<sup>36</sup> 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 nahm in den (insgesamt eher wenigen) Urteilen, in welchen es mit Fragen der Diplomanerkennung nach dem Abkommen befasst war, auf die Rechtslage in der Union und die Rechtsprechung des EuGH Bezug.<sup>37</sup>

## **2. Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit**

**16.** 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 ihr Anwendungsbereich eröffnet sein, und nach wie vor gibt es zahlreiche Fallgestaltungen, in denen dies nicht der Fall ist.<sup>38</sup>

**17.** 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** grundsätzlich entgegen, erfassen darüber hinaus auch Beschränkungen, wobei eine **Rechtfertigung** möglich ist, soweit den Anforderungen der Verhältnismässigkeit Rechnung getragen wird.<sup>39</sup>

**18.** 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)<sup>40</sup> sowie Art. 17 (in Bezug auf Dienstleistungserbringer) greifen dieses Verbot auf.

---

<sup>35</sup> *Epiney/Blaser*, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III, Art. 9, Rn. 4.

<sup>36</sup> Rn. 7 ff.

<sup>37</sup> Vgl. z.B. BGE 132 II 135 E. 5.

<sup>38</sup> 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.

<sup>39</sup> Vgl. zu diesen allgemeinen Grundsätzen nur, m.w.N., *Epiney*, in: Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, EU, § 10, Rn. 9 ff.

<sup>40</sup> 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.

19. Sowohl in der Literatur<sup>41</sup> als auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>42</sup> und des EuGH<sup>43</sup> 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.<sup>44</sup>

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).<sup>45</sup> 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.<sup>46</sup>

20. 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:<sup>47</sup>

- 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 ma-

---

<sup>41</sup> 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.

<sup>42</sup> 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.

<sup>43</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-506/10 (Graf), ECLI:EU:C:2011:643; EuGH, Rs. C-478/15 (Radgen), ECLI:EU:C:2016:705.

<sup>44</sup> BGer 2C\_53/2010 vom 21.3.2010; BGer 2C\_21/2010 vom 23.11.2010; BGE 130 I 26.

<sup>45</sup> *Epiney/Blaser*, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III, Art. 2 ALCP Rn. 3, 13; *Boillet*, Interdiction de discrimination, 56, 156, 160.

<sup>46</sup> 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).

<sup>47</sup> 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.

terielle Anwendungsbereich der genannten Vorschriften die beruflichen Qualifikationen, welche zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit nötig sind.<sup>48</sup>

Zu beachten gilt es, dass das FZA – ebenso wie die Grundfreiheiten – hinsichtlich gewisser Berufe (Tätigkeiten der öffentlichen Verwaltung bzw. Ausübung öffentlicher Gewalt)<sup>49</sup> nicht zur Anwendung gelangt, wobei diese Ausnahmen – wie im EU-Recht – eng auszulegen sind.<sup>50</sup> Ferner können zwischen der Schweiz sowie EU-Mitgliedstaaten abgesehen vom 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.<sup>51</sup>

Darüber hinaus können die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit aber auch kollektiv handelnden Privaten gegenüber geltend gemacht werden,<sup>52</sup> und die Rechtsprechung geht bei diskriminierenden Massnahmen gar von einer umfassenden Drittwirkung aus.<sup>53</sup>

- 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.<sup>54</sup> 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

---

<sup>48</sup> 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.

<sup>49</sup> Vgl. dazu Art. 10 FZA (betreffend Arbeitnehmer) und Art. 15 Anhang I FZA (betreffend selbständig Erwerbstätige).

<sup>50</sup> 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.

<sup>51</sup> 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.

<sup>52</sup> 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.

<sup>53</sup> EuGH, Rs. C-281/98 (Angonese), ECLI:EU:C:2000:296; EuGH, Rs. C-94/07 (Raccanelli), ECLI:EU:C:2008:425.

<sup>54</sup> S. z.B. EuGH, Rs. C-172/11 (Erny), ECLI:EU:C:2012:157.



einem Mitgliedstaat aufweist, wie z.B. Wohnsitz oder Ausbildungsort.<sup>55</sup> 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.

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.<sup>56</sup>

- 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),<sup>57</sup> so z.B. die Erhaltung des finanziellen Gleichgewichts der Systeme sozialer Sicherheit,<sup>58</sup> die «Einheitlichkeit des nationalen Bildungssystems»<sup>59</sup> oder auch die Qualität der medizinischen Versorgung.<sup>60</sup>
- 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 auf die Kohärenz der Massnahme geprüft wird)<sup>61</sup> und hierfür auch das mildeste Mittel bezogen auf den Eingriff und damit die Diskriminierung – darstellen muss. Die Verhältnismässigkeit i.e.S. spielt in der Rechtsprechung des Gerichtshofs keine grosse Rolle.

---

<sup>55</sup> 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.

<sup>56</sup> S. insoweit die Nachweise aus der Rechtsprechung in Fn. 54, 55

<sup>57</sup> 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 Touristikou), ECLI:EU:C:1997:282.

<sup>58</sup> EuGH, Rs. C-173/09 (Elchinov), ECLI:EU:C:2010:581.

<sup>59</sup> EuGH, Rs. C-147/03 (Kommission/Österreich), ECLI:EU:C:2005:427.

<sup>60</sup> 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 für rechtfertigungsfähig erachtete. Als weitere zwingende Gründe des Allgemeininteresses listete der Gerichtshof in EuGH, Rs. C-288/89 (Stichting), ECLI:EU:C:1991:323, Rn. 14, folgende Gründe auf: Schutz der Empfänger von Dienstleistungen durch bestimmte Berufsregeln, Schutz des geistigen Eigentums, Schutz der Arbeitnehmer, Schutz der Verbraucher, die Erhaltung des nationalen historischen und künstlerischen Erbes, sowie die Aufwertung der archäologischen, historischen und künstlerischen Reichtümer und die bestmögliche Verbreitung von Kenntnissen über das künstlerische und kulturelle Erbe eines Landes.

<sup>61</sup> 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.

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),<sup>62</sup> 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»)<sup>63</sup>. 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.<sup>64</sup>

In Bezug auf die im vorliegenden Beitrag im Vordergrund stehende Problematik hat der EuGH diese Grundsätze in der diesbezüglich wegweisenden **Rs. C-55/94 (Gebhard)**<sup>65</sup> zusammengefasst. Im nationalen Ausgangsverfahren war einem deutschen Rechtsanwalt ein Verstoß gegen die einschlägigen Vorgaben des italienischen Rechts zu Last gelegt worden, weil er in Italien unter der Verwendung der Bezeichnung „avvocato“ eine dauernde Berufstätigkeit in eigener Kanzlei ausgeübt hatte. Ausgehend von der tatbestandlichen Einschlägigkeit der Personenverkehrsfreiheiten (hier des Art. 49 AEUV) formulierte der EuGH in allgemeiner Form die Rechtmässigkeitsanforderungen an nationale Vorschriften, die für die Ausübung eines bestimmten Berufs ein bestimmtes Diplom verlangen oder Voraussetzungen für die Verwendung von Berufsbezeichnungen vorsehen: Erstens müssten die nationalen Massnahmen in nicht diskriminierender Weise angewandt werden. Zweitens müssten sie aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein und schliesslich müssten sie die zwei Hauptkriterien des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, die Geeignetheit und die Erforderlichkeit, erfüllen. Letzteres Erfordernis impliziere insbesondere eine materielle Gleichwertigkeitsprüfung aller Diplome mit den im nationalen Recht vorausgesetzten Kenntnissen und Qualifikationen.

---

<sup>62</sup> 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.

<sup>63</sup> S. z.B. aus der Rechtsprechung EuGH, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), ECLI:EU:C:2008:350.

<sup>64</sup> 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 (Vandorou), ECLI:EU:C:2010:732. S. ausführlich zur Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten im Zusammenhang mit der Diplomanerkennung bei *Gammenthaler*, Diplomanerkennung, 53 ff.

<sup>65</sup> EuGH, Rs. C-55/94 (Gebhard), ECLI:EU:C:1995:411.

### § 3 Zur Diplomanerkennung in der EU und im FZA – Grundsätze

#### I. Primärrecht

21. Ausgehend von der dargelegten dogmatischen Grundstruktur der Personenverkehrsfreiheiten<sup>66</sup> geht es im Folgenden darum, die einzelnen Vorgaben, die den Grundfreiheiten – die nach dem Gesagten auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens relevant sind<sup>67</sup> – in Bezug auf die **Marktzugangsrechte für bestimmte (berufliche) Tätigkeiten** zu entnehmen sind, zu konkretisieren, um auf diese Weise einerseits die Rechte der betroffenen, den Marktzugang suchenden Personen, andererseits die den Mitgliedstaaten diesbezüglich gesetzten Grenzen ihres Gestaltungsspielraums zu präzisieren, dies auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH. In Anknüpfung an die möglichen<sup>68</sup> Einschränkungen des Zugangs zu bestimmten Tätigkeiten kann hierbei zwischen den unionsrechtlichen Vorgaben betreffend die Anerkennung von Diplomen, Fähigkeitsausweisen und Berufspraxis (1.), den Vorbehalt bestimmter Tätigkeiten für bestimmte Personen (2.), Vorgaben für die Art und Weise der Durchführung bestimmter Tätigkeiten (3.) sowie sonstigen Marktzugangsbeschränkungen (4.) unterschieden werden,<sup>69</sup> wobei der Akzent angesichts der in dieser Untersuchung im Vordergrund stehenden Problematik auf dem zuerst genannten Problembereich liegt.

Die sich konkret aus der Rechtsprechung des EuGH ergebenden Anforderungen sind vor dem Hintergrund des «**Herkunftslandprinzips**» und des «**Bestimmungslandprinzips**» zu sehen:<sup>70</sup> Wenn die grenzüberschreitend tätigen Wirtschaftsteilnehmer auch im Aufnahmestaat den Bestimmungen ihres Herkunftsstaates unterworfen sind und insbesondere diejenigen Tätigkeiten, die sie legal im Herkunftsstaat ausüben dürfen, auch im Bestimmungsland entfalten dürfen, spricht man von der Verwirklichung des Herkunftslandprinzips. Nach dem Bestimmungslandprinzip hingegen sind die Personen bzw. die entsprechenden Tätigkeiten jeweils den Regelungen desjenigen Mitgliedstaats unterworfen, in dem sie auf den Markt gelangen (sollen), also in ihrem Bestimmungsland. Der Grundsatz, dass im Falle einer (potentiellen) Behinderung der Personenfreizügigkeit ein Eingriff in die jeweils einschlägige Grundfreiheit zu bejahen ist, beruht letztlich auf dem Herkunftslandprinzip, denn er impliziert, dass die rechtmässig in einem Mitgliedstaat ausgeübten Tätigkeiten grundsätzlich auch in anderen Mitgliedstaaten ausgeübt werden dürfen. Allerdings ist die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, solche Eingriffe aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls zu rechtfertigen, Ausdruck des Bestimmungslandprinzips, wird damit den Mitgliedstaaten doch ermöglicht, ihre Regelungen – unter bestimmten Voraussetzungen – anzuwenden. Deutlich wird damit, dass das Primärrecht sowohl dem Herkunftslandprinzip als auch dem Bestimmungslandprinzip Rechnung trägt und eine Art «Vorrang» für einen der beiden Grundsätze lediglich durch das Sekundärrecht verankert werden kann.

Soweit Sekundärrecht zur Anwendung kommt (also in unserem Zusammenhang insbesondere die noch zu erörternde RL 2005/36<sup>71</sup>), erübrigt sich ein Rückgriff das Primärrecht.<sup>72</sup> Regelt das Se-

---

<sup>66</sup> Oben Rn. 20.

<sup>67</sup> Oben Rn. 18 f.

<sup>68</sup> Wobei die nachfolgende Zusammenstellung selbstredend nicht abschliessend ist, sondern lediglich – aber immerhin – die wichtigsten Problemfelder berücksichtigt, auch in Anknüpfung an die bisher in der Rechtsprechung relevant gewordenen Fallgestaltungen.

<sup>69</sup> Vgl. insoweit auch schon *Epiney/Gammenthaler*, in: Marktzugang in der EU und in der Schweiz, 1 (12 ff.), worauf die nachfolgenden Ausführungen in weiten Teilen anknüpfen.

<sup>70</sup> Vgl. zu diesen Prinzipien in unserem Zusammenhang z.B. *Kluth/Rieger*, *GewArch* 2006, 1 ff.

<sup>71</sup> Zu dieser unten Rn. 31 ff.

kundärrecht jedoch nur einen Teilbereich, liegt eben nur eine Teilharmonisierung vor, so dass für den nicht harmonisierten Bereich die primärrechtlichen Grundsätze zum Zuge kommen.<sup>73</sup>

Im Übrigen sind die sekundärrechtlichen Vorgaben primärrechtskonform auszulegen, so dass die nachfolgend erörterten Grundsätze für die **Auslegung des Sekundärrechts** relevant sind bzw. sein können.

## 1. Anerkennung von Diplomen, Fähigkeitsausweisen und Berufspraxis

22. Wird für die **Ausübung eines bestimmten Berufs** oder den Zugang zu bestimmten Tätigkeiten ein Diplom, ein Fähigkeitsausweis oder eine Berufspraxis verlangt, so liegt hierin regelmässig ein Eingriff in einer 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**.<sup>74</sup>

23. Ob und inwieweit derartige Regeln zulässig sind, ist damit eine Frage der **Rechtfertigung**, in deren Rahmen die Reichweite des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums (a) sowie die Verhältnismässigkeit (b) eine bedeutende Rolle spielen.

### a) Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten bei der Verfolgung der Schutzanliegen und der Schutzziele

24. Soweit die entsprechende Frage nicht durch Sekundärrecht geregelt ist, obliegt es grundsätzlich den Mitgliedstaaten festzulegen, welche **Schutzanliegen** sie im Rahmen der zwingenden Gründe des Allgemeininteresses verfolgen wollen und welches **Schutzniveau** sie anlegen wollen.<sup>75</sup> 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.<sup>76</sup>

---

<sup>72</sup> Die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten ist also insoweit ausgeschlossen, als Sekundärrecht eine Frage abschliessend regeln, vgl. nur EuGH, Rs. C-221/05 (McCauley Chemists), ECLI:EU:C:2006:474, Rn. 24 ff.

<sup>73</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-238/98 (Hocsmán), ECLI:EU:C:2000:440, Rn. 24, 31 ff.; EuGH, Rs. C-61/89 (Bouchoucha), ECLI:EU:C:1990:443; EuGH, Rs. C-31/00 (Dreessen), ECLI:EU:C:2002:35, Rn. 25; EuGH, Rs. C-319/92 (Haim I), ECLI:EU:C:1994:47, Rn. 18; EuGH, Rs. C-313/01 (Morgenbesser), ECLI:EU:C:2003:612. S. hierzu auch *Görlitz*, EWS 2002, 20 (28).

<sup>74</sup> S. insoweit schon oben Rn. 16 ff.

<sup>75</sup> 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.

<sup>76</sup> 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. 20) 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.

So hielt der EuGH in der **Rs. C-61/89 (Bouchoucha)**<sup>77</sup> – in der die Anerkennung von Diplomen, die ein Inländer im EU-Ausland erworben hatte und in seinem Heimatstaat anerkennen lassen wollte, zur Debatte stand<sup>78</sup> – fest, dass der nationale Gesetzgeber durchaus das Praktizieren der Osteopathie Personen mit einem Arztdiplom vorbehalten dürfe, dies zum Schutze der Gesundheit.

**25.** Vor diesem Hintergrund ist es grundsätzlich<sup>79</sup> **unerheblich**, dass **andere Mitgliedstaaten die entsprechenden Schutzgüter anders oder nicht schützen**, geht es hier doch letztlich um eine politische Wertentscheidung, die in den vom Unionsrecht gezogenen Schranken den Mitgliedstaaten obliegt.

## **b) Verhältnismässigkeit**

**26.** Soweit in diesem Zusammenhang aber die Frage relevant wird, ob und inwieweit die Mitgliedstaaten in anderen Mitgliedstaaten erworbene Diplome oder Fähigkeiten bei der Frage nach der Zulassung zur jeweiligen Tätigkeit berücksichtigen müssen, sind die Anforderungen des **Verhältnismässigkeitsgrundsatzes** zu beachten. Aus diesem leitet der EuGH insbesondere folgende Grundsätze ab:<sup>80</sup>

- 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. Führt diese Prüfung – bei welcher eine **Gesamtbeurteilung** der akademischen und beruflichen Ausbildung zugrundegelegt ist – zum Ergebnis, dass das jeweilige Diplom dem verlangten (inländischen) Diplom oder Nachweis gleichwertig ist, besteht eine Pflicht zur Anerkennung.<sup>81</sup> Diese Grundsätze bedeuten auch, dass jedenfalls kein «absolutes» Erfordernis eines bestimmten Diploms aufgestellt werden darf, da damit die Prüfung der Gleichwertigkeit ausgeschlossen wird.

So hielt der Gerichtshof bereits in der **Rs. 71/76 (Thieffry)**<sup>82</sup> – in der es um den Antrag des belgischen Rechtsanwalt Thieffry auf Zulassung als «avocat» in Frankreich ging, wobei er Inhaber eines belgischen juristischen Diploms war, dessen Gleichwertigkeit mit dem französischen Ausbildungsnachweis für akademische Zwecke von einer französischen Universität anerkannt worden war, ging – fest, dass für eine Zulassung als «avocat» in einem solchen Fall keine französische «licence» oder ein französischer «docteur en droit» verlangt werden dürfe. Denn hier liege ein gleichwertiges Diplom vor, und eine Unterscheidung zwischen der akademischen und sonstigen Wirkung der Gleichwertigkeit eines anerkannten Diploms könne nicht vorgenommen werden. Im konkreten Fall kam noch hinzu, dass der aus einem anderen Mitgliedstaat stammende Antragsteller bereits in Besitz eines Diploms war, welches grundsätzlich zur Ausübung des Berufes berechtigte und für die Niederlassung als Rechtsanwalt im Erwerbsstaat vorgeschrieben war.

---

<sup>77</sup> EuGH, Rs. C-61/89 (Bouchoucha), ECLI:EU:C:1990:443, Rn. 11, 13.

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

<sup>79</sup> Unter der Voraussetzung der Verhältnismässigkeit der jeweiligen Massnahmen, hierzu noch sogleich Rn. 26 ff.

<sup>80</sup> S. auch schon oben Rn. 20.

<sup>81</sup> EuGH, Rs. C-104/91 (Aguirre Borrell), ECLI:EU:C:1992:202, Rn. 14.

<sup>82</sup> EuGH, Rs. 71/76 (Thieffry), ECLI:EU:C:1977:65.

Im Ausgangssachverhalt der **Rs. C-313/01 (Morgenbesser)**<sup>83</sup> wurde einer französischen Staatsbürgerin mit Wohnsitz in Italien und dem in Frankreich erworbenen Diplom einer «*maîtrise en droit*» die Eintragung in die Liste der Praktikanten («*practicanti*»), welche die Zulassung zur praktischen Ausbildung des Rechtsanwaltsberufs ermöglicht, verweigert mit dem Argument, die Eintragung in das besagte Register setze den Besitz eines von einer italienischen Universität verliehenen oder bestätigten Diploms der Rechtswissenschaften voraus. Das Gesuch auf «bedingungslose» Anerkennung des französischen Abschlusses bei der Universität Genua wurde abgewiesen und die Anerkennung vom Besuch eines verkürzten Kurses von zwei Jahren, dem Bestehen von dreizehn Prüfungen sowie der Anfertigung einer Diplomarbeit abhängig gemacht. Ausgehend von der nicht gegebenen Einschlägigkeit des Sekundärrechts erörterte der Gerichtshof die Tragweite der Art. 45, 49 AEUV. Als Vorfrage befasste er sich mit der Unterscheidung zwischen Diplomen für akademische und solchen für berufliche Zwecke und hielt fest, dass die Berücksichtigung eines Diploms wie der «*maîtrise en droit*» im Rahmen einer Gesamtbeurteilung erfolgen müsse, da die Anerkennung der Gleichwertigkeit des Diploms ausschlaggebend für die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft eines anderen Mitgliedstaats sein könne. Führe diese vergleichende Prüfung zu der Feststellung, dass die durch das ausländische Diplom bescheinigten Kenntnisse und Fähigkeiten den nach den nationalen Rechtsvorschriften verlangten entsprächen, so habe der Mitgliedstaat anzuerkennen, dass dieses Diplom die in diesen Vorschriften aufgestellten Voraussetzungen erfülle. Der Gerichtshof bestätigte damit im Ergebnis seine Rechtsprechung<sup>84</sup> und auferlegte dem Aufnahmemitgliedstaat die Pflicht, eine vergleichende Prüfung der Qualifikationen vorzunehmen, wobei der Aufnahmemitgliedstaat dabei vom Antragsteller den Nachweis verlangen könne, dass er die fehlenden Kenntnisse und Fähigkeiten anderswo, zum Beispiel im Rahmen eines Studiengangs oder praktischer Tätigkeit, erworben hat.<sup>85</sup>

Auch in der **Rs. C-342/14 (X-Steuerberatungsgesellschaft)**<sup>86</sup> ging es um die Prüfung der Gleichwertigkeit der beruflichen Qualifikationen: Zur Debatte stand eine deutsche Regelung, wonach die Anerkennung einer Steuerberatungsgesellschaft (und damit auch die Möglichkeit, als Bevollmächtigte aufzutreten) den Nachweis, dass die Gesellschaft verantwortlich durch Steuerberater geführt wird, erfordert. Ein solches Erfordernis stelle einen Verstoß gegen Art. 56 AEUV dar, da keine Möglichkeit vorgesehen sei, die in einem anderen Mitgliedstaat erworbene berufliche Qualifikation des Dienstleistenden entsprechend anzuerkennen und zu berücksichtigen, womit der Gerichtshof die Erforderlichkeit der Massnahme zur Verfolgung des angestrebten Ziels (Schutz der Verbraucher und Gewährleistung einer angemessenen Qualifikation der Steuerberater) verneinte.<sup>87</sup>

Auch besteht eine grundsätzliche Pflicht zur Berücksichtigung auch praktischer Erfahrungen, wie der Gerichtshof in den **verb. Rs. C-422/09, C-425/09, C-426/09 (Vandorou)**<sup>88</sup> festhielt. Dieser sich auch aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit ergebende Grundsatz verbiete es, eine praktische Erfahrung (unter Einschluss derjenigen, die im Aufnahmemitgliedstaat er-

---

<sup>83</sup> EuGH, Rs. C-313/01 (Morgenbesser), ECLI:EU:C:2003:612. S. auch EuGH, Rs. C-153/02 (Neri), ECLI:EU:C:2003:614 (Unvereinbarkeit einer grundsätzlichen Nichtanerkennung eines von einer Universität in einem anderen Mitgliedstaat ausgestellten Diploms mit dem Vertrag, keine Rechtfertigungsmöglichkeit durch das Ziel der Garantie eines hohen Standards der Hochschulausbildung, da die Verhältnismässigkeit nicht gegeben sei).

<sup>84</sup> EuGH, Rs. C-340/89 (Vlassopouou), ECLI:EU:C:1991:193, Rn. 15, 20; EuGH, Rs. C-234/97 (Bobadilla), ECLI:EU:C:1999:367, Rn. 33.

<sup>85</sup> In EuGH, Rs. C-298/14 (Brouillard), ECLI:EU:C:2015:652, bestätigte der Gerichtshof im Wesentlichen diese Rechtsprechung. Zur Pflicht, bei der Eintragung in ein Verzeichnis als Gerichtsdolmetscher die im Herkunftsstaat erworbenen Qualifikationen zu berücksichtigen, EuGH, verb. Rs. C-372/09, C-373/09 (Josep Penarroja Fa), ECLI:EU:C:2011:156.

<sup>86</sup> EuGH, Rs. C-342/14 (X-Steuerberatungsgesellschaft), ECLI:EU:C:2015:827.

<sup>87</sup> Die RL 2005/36 kam nicht zur Anwendung, da es um eine Korrespondenzdienstleistung ging, vgl. insoweit zum Anwendungsbereich der RL 2005/36 noch unten Rn. 35.

<sup>88</sup> EuGH, verb. Rs. C-422/09, C-425/09, C-426/09 (Vandorou), ECLI:EU:C:2010:732.

worben wird) bei der Festlegung von Art und Umfang der Ausgleichsmassnahmen unberücksichtigt zu lassen (selbst wenn die Berufserfahrung nicht aufgrund der RL 2005/36 zu berücksichtigen ist, da die entsprechende Tätigkeit vor der Erlangung der Berechtigung zur Ausübung eines reglementierten Berufs in dem entsprechenden Mitgliedstaat erfolgt war), könne doch jede praktische Erfahrung in der Ausübung verwandter Tätigkeiten die Kenntnisse einer Person erweitern.

- Ergibt die Vergleichsprüfung nur eine **teilweise Gleichwertigkeit**, so kann der Aufnahmestaat vom betroffenen Antragsteller verlangen, dass er den Nachweis des Erwerbs der fehlenden Kenntnisse und Fähigkeiten erbringt; insbesondere sind dabei im Rahmen eines Studiengangs oder praktischer Erfahrungen erworbene Fähigkeiten zu berücksichtigen.<sup>89</sup> Kann der Antragsteller diese Qualifikationen nicht nachweisen, so kann der Aufnahmestaat den Nachweis von Berufserfahrung<sup>90</sup> oder / und eine spezifische (Ergänzungs-)Prüfung<sup>91</sup> oder / und einen Anpassungslehrgang verlangen.<sup>92</sup> Die Anerkennung kann 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 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.<sup>93</sup>

In der **Rs. C-330/03 (Colegio de Ingenieros)**<sup>94</sup> ging es um den Antrag eines italienischen Staatsbürgers und Inhabers eines in Italien erworbenen Diploms als Wasserbauingenieur, auf Genehmigung des Zugangs zum Beruf des Ingenieurs für Wege-, Kanal- und Hafenanbau in Spanien. Der letztgenannte Beruf umfasst allerdings auch Tätigkeiten, die nicht dem Diplom des Antragstellers entsprechen. Auf die entsprechenden Vorlagefragen stellte der EuGH fest, Art. 45, 49 AEUV verwehrt es einem Mitgliedstaat nicht, den partiellen Zugang zu einem Beruf unter der Voraussetzung zu gewähren, dass ggf. vorhandene Lücken durch Ausgleichsmassnahmen wirksam geschlossen werden. Dagegen sei es mit Art. 45, 49 AEUV nicht vereinbar, wenn ein Mitgliedstaat diesen partiellen Zugang gänzlich verweigert, falls der Betroffene ihn beantragt und die Unterschiede zwischen den Tätigkeitsbereichen so erheblich sind, dass eigentlich eine vollständige Ausbildung absolviert werden müsste. Etwas anderes gelte nur, wenn die Verweigerung des partiellen Zugangs durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt und verhältnismässig sei. In dem vorliegenden Fall komme zwar grundsätzlich der Verbraucherschutz als rechtfertigender Grund in Betracht. Allerdings stehe mit der Verpflichtung des Antragstellers, die ursprüngliche Berufsbezeichnung sowohl in der

---

<sup>89</sup> 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.

<sup>90</sup> EuGH, Rs. C-340/89 (Vlassopouou), ECLI:EU:C:1991:193, Rn. 20 f.

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

<sup>92</sup> 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.

<sup>93</sup> EuGH, Rs. C-330/03 (Colegio de Ingenieros), ECLI:EU:C:2006:45, Rn. 39.

<sup>94</sup> EuGH, Rs. C-330/03 (Colegio de Ingenieros), ECLI:EU:C:2006:45.

Sprache, in der sie erteilt wurde, als auch in der Amtssprache des Aufnahmestaates zu führen, regelmässig ein weniger einschneidendes Mittel zur Verfügung.

In der **Rs. C-575/11 (Nasiopoulos)**<sup>95</sup> stand der partielle Zugang zum (reglementierten) Beruf des Physiotherapeuten in Griechenland für eine aus einem anderen Mitgliedstaat kommende Person, die dort einen 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.<sup>96</sup> 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.<sup>97</sup> 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 dürfte zu folgern sein, dass grundsätzlich ein solcher partieller Zugang zu gewähren ist.

- Bei der Ausgestaltung des **nationalen Prüfverfahrens** sind die Mitgliedstaaten grundsätzlich frei; jedoch müssen die Grundsätze der Effektivität und der Äquivalenz beachtet werden.<sup>98</sup> Dies impliziert – neben der Notwendigkeit der tatsächlichen Anwendung der eine Gleichwertigkeitsprüfung und eine Anerkennung erlaubenden nationalen Vorschriften<sup>99</sup> – insbesondere, dass es das Verfahren den Behörden ermöglicht, die Gleichheit oder zumindest Gleichwertigkeit des ausländischen Diploms, objektiv festzustellen.<sup>100</sup> Insoweit muss es sich um ein objektives und im Übrigen gerichtlich überprüfbares Verfahren – was auch eine Begründungspflicht der Behörde impliziert<sup>101</sup> – handeln.

---

<sup>95</sup> EuGH, Rs. C-575/11 (Nasiopoulos), ECLI:EU:C:2013:430.

<sup>96</sup> 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.

<sup>97</sup> Zur RL 2005/36 noch unten Rn. 31 ff.

<sup>98</sup> Zu diesen mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung *Epiney*, in: Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, EU, § 8, Rn. 18 ff.

<sup>99</sup> EuGH, Rs. 71/76 (Thieffry), ECLI:EU:C:1977:65, Rn. 19, 24/26; EuGH, Rs. 11/77 (Patrick), ECLI:EU:C:1977:113, Rn. 16/17

<sup>100</sup> EuGH, Rs. C-340/89 (Vlassopoulou), ECLI:EU:C:1991:193, Rn. 17; EuGH, Rs. 222/86 (Heylens), ECLI:EU:C:1987:442, Rn. 13.

<sup>101</sup> EuGH, Rs. 222/86 (Heylens), ECLI:EU:C:1987:442, Rn. 14 f.



In der **Rs. C-340/89 (Vlassopoulou)**<sup>102</sup> ging es um eine griechische Anwältin, die als Rechtsbeistand in Deutschland arbeitete und die Zulassung zur deutschen Anwaltskammer beantragte. Dies wurde ihr mit der Begründung verwehrt, sie verfüge nicht über die gemäss deutschem Recht für den Zugang zum Anwaltsberuf erforderliche Befähigung zum Richteramt. Der EuGH hielt fest, die Mitgliedstaaten dürften zwar regeln, welche Kriterien und Fähigkeiten zur Ausübung eines Berufes erforderlich sind; allerdings seien die im EU-Ausland erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten in einem objektiven und der gerichtlichen Kontrolle unterliegenden Verfahren mit den im Inland erworbenen Befähigungsausweisen zu vergleichen und das Ergebnis dieses Vergleichs sei bei der Zulassungsentscheidung der nationalen Behörde zu berücksichtigen.

- Geht es lediglich um die Berechtigung zur **Führung eines im Ausland erworbenen akademischen Grades**, so darf diese zwar von einer Genehmigung abhängig gemacht werden, wobei das Verfahren bzw. das entsprechende Erfordernis allerdings lediglich der Überprüfung der ordnungsgemässen Verleihung dienen dürfe und leicht zugänglich sein müsse.

In der **Rs. C-19/62 (Kraus)**<sup>103</sup> stand eine nationale Regelung zur Debatte, wonach die Anerkennung und Berechtigung zur Verwendung eines im Ausland erworbenen akademischen Grades, *in casu* des postgraduierten Titels LL.M., von einer Genehmigung abhängig gemacht wurde, die mit einem besonderen Formular zu beantragen war und im Falle der Einreichung einer Reihe von Unterlagen sowie der Entrichtung einer Verwaltungsgebühr erteilt werden konnte. Nach Ansicht des Gerichtshofs sei ein solcher akademischer Titel normalerweise keine Zugangsvoraussetzung für einen Beruf, könne aber in bestimmten Fällen eine solche darstellen, nämlich dann, wenn für den Beruf die spezifisch durch den fraglichen Grad erworbenen Fähigkeiten verlangt werden. Im Ergebnis bejahte er jedoch grundsätzlich die Unionsrechtskonformität eines solchen nationalen Anerkennungsverfahrens, wobei dieses aber nur dazu dienen dürfe, die ordnungsgemässe Verleihung des fraglichen Grades zu überprüfen; weiter müsse das Verfahren leicht zugänglich sein und es dürften keine überhöhten Verwaltungsgebühren verlangt werden.

- Grundsätzlich ist eine in anderen Mitgliedstaaten erworbene **Berufserfahrung** vollumfänglich anzuerkennen, was bei der Zulassung zu einer beruflichen Tätigkeit, aber auch bei der lohnmassigen Einstufung eine Rolle spielen kann.

In der **Rs. C-278/03 (Kommission/Italien)**<sup>104</sup> wurde Unionsbürgern, die an Auswahlverfahren für das Lehrpersonal an italienischen Schulen teilnahmen, durch die zuständigen Behörden ihre in anderen Mitgliedstaaten erworbene Berufserfahrung nicht oder nicht in gleicher Weise wie die in Italien erworbene Berufserfahrung anerkannt. Darin sah der EuGH einen Verstoss Italiens gegen Art. 45 AEUV (und Art. 3 Abs. 1 der VO 1612/68).<sup>105</sup>

---

<sup>102</sup> EuGH, Rs. C-340/89 (Vlassopoulou), ECLI:EU:C:1991:193.

<sup>103</sup> EuGH, Rs. C-19/92 (Kraus), ECLI:EU:C:1993:125.

<sup>104</sup> EuGH, Rs. C-278/03 (Kommission/Italien), ECLI:EU:C:2005:281.

<sup>105</sup> S. insoweit auch schon EuGH, Rs. C-15/96 (Schöning-Kongebetopoulo), ECLI:EU:C:1998, 3.

## 2. Ausschliessliche Rechte der Ausübung bestimmter Tätigkeiten

27. In zahlreichen Mitgliedstaaten sind **bestimmte Tätigkeiten** bestimmten Personen vorbehalten, die gewisse **Anforderungen in Bezug auf Ausbildung, Berufserfahrung, Leumund** o.ä. erfüllen müssen. Da auf diese Weise die diese Voraussetzungen nicht erfüllenden Personen die jeweiligen Tätigkeiten nicht ausüben dürfen, liegt hierin eine Beschränkung der jeweils einschlägigen Personenverkehrsfreiheit und in aller Regel auch eine materielle Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit vor. Neben der Frage der Anerkennung der Diplome, Fähigkeitsausweise o.ä.<sup>106</sup> werfen derartige Regelungen aber auch die letztlich vorgelagerte grundsätzliche Frage auf, ob solche ausschliesslichen Rechte der Ausübung bestimmter Tätigkeiten für bestimmte Personen, die bestimmte Anforderungen erfüllen, mit den Personenverkehrsfreiheiten in Einklang stehen.

28. Grundsätzlich gilt auch hier,<sup>107</sup> dass es den Mitgliedstaaten – falls keine sekundärrechtlichen Regeln einschlägig sind – freisteht, gewisse **Schutzinteressen** bzw. zwingende Gründe des Allgemeinwohls (auch auf der Grundlage der Anlegung eines hohen **Schutzniveaus**) zu definieren und diejenigen Massnahmen zu ergreifen, die zu ihrer Verfolgung geeignet und erforderlich sind. Zu letzteren kann selbstredend auch der Vorbehalt der Ausübung bestimmter Tätigkeiten für bestimmte Personen mit den entsprechenden Qualifikationen gehören. Allerdings sind die Erfordernisse des **Verhältnismässigkeitsgrundsatzes** zu beachten:

- Die entsprechende berufliche Tätigkeit muss tatsächlich **besondere Kenntnisse** oder / und Fähigkeiten **voraussetzen**.
- Die verlangten besonderen Qualifikationen der zur Ausübung des betreffenden Berufs zugelassenen Personen müssen mit den **besonderen Anforderungen der entsprechenden Tätigkeit korrespondieren**.
- Werden besondere Prüfungen verlangt, so müssen diese gerade zum Nachweis der verlangten Fähigkeiten **geeignet** sein.
- Der Umstand allein, dass ein Mitgliedstaat weniger strenge Vorschriften erlässt als ein anderer, bedeutet nicht, dass dessen Vorschriften unverhältnismässig und folglich mit dem Unionsrecht unvereinbar wären.<sup>108</sup> Hinzu kommt, dass die Erforderlichkeit bestimmter Massnahmen, etwa im Hinblick auf den Verbraucherschutz, auch von den **Umständen in dem jeweiligen Mitgliedstaat** abhängen kann. Daher kann auch eine „Ausschliesslichkeitsregelung“ für die Ausübung eines bestimmten Berufs, die nur in einem Mitgliedstaat besteht, mit den Vorgaben des Unionsrechts vereinbar sein.

In der **Rs. C-451/03 (Calafiori)**<sup>109</sup> ging es um eine italienische Regelung, die gewissen Steuerberatungszentren das ausschliessliche Recht zuerkannte, Tätigkeiten des Beistandes in Steuerfragen u.a. für Arbeitnehmer vorzunehmen. Nach der Bejahung der tatbestandlichen Einschlägigkeit der Art. 49, 56 AEUV hält der Gerichtshof fest, dass eine solche Regelung aber grundsätzlich durch den Schutz der Empfänger solcher Dienstleistungen vor dem potentiellen

---

<sup>106</sup> Hierzu oben Rn. 22 ff.

<sup>107</sup> S. schon oben Rn. 24 ff.

<sup>108</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-384/93 (Alpine Investments), ECLI:EU:C:1995:126, Rn. 51; EuGH, Rs. C-3/95 (Reisebüro Broede), ECLI:EU:C:1996:487, Rn. 42 ff.; EuGH, Rs. C-108/96 (Mac Quen), ECLI:EU:C:2001:67, Rn. 33 f.

<sup>109</sup> EuGH, Rs. C-451/03 (Calafiori), ECLI:EU:C:2006:208.

Schaden, der ihnen dadurch entstehen könnte, dass Personen sie beraten, die nicht die nötigen beruflichen oder persönlichen Qualifikationen aufweisen, gerechtfertigt werden könne. Jedoch sei zu differenzieren: Gewisse Tätigkeiten (Aushändigung einer Kopie der Steuererklärung und der Aufstellung über die geschuldete Steuer, die Übersendung der Steuererklärungen an die Finanzverwaltung sowie die Mitteilung des Ergebnisses der Steuererklärung an die abzugsverpflichteten Arbeitgeber), die ausschliesslich den Steuerberatungszentren vorbehalten waren, seien als Tätigkeiten einfacher Art einzustufen, die keine besonderen beruflichen Qualifikationen erforderten. Dem stünden vielschichtigere Tätigkeiten gegenüber, wie etwa die Prüfung der Übereinstimmung der in der Steuererklärung gemachten Angaben mit ihren Anlagen. Bei letzteren (nicht aber bei ersteren) könne die Ausübung Inhabern einer besonderen beruflichen Qualifikation vorbehalten werden. Allerdings müssten es die einschlägigen nationalen Regeln ermöglichen, den vorgesehenen Zweck zu erreichen, so dass sie die Gewähr dafür bieten müssten, dass die für die jeweilige berufliche Tätigkeit zugelassenen Personen auch tatsächlich über die beruflichen Befähigungen zur Ausführung der ihnen vorbehaltenen Aufgaben verfügen. Diese letzte Voraussetzung sei bei der Errichtung von italienischen Steuerbeistandszentren gerade nicht erfüllt, da die von diesen Zentren zu bezeichnenden Personen gerade nicht über die beruflichen Qualifikationen zur Ausübung der erwähnten komplexeren steuerberaterlichen Aufgaben verfügen müssten. Weiter beschränkten sich die Zentren darauf, rein administrative und zwischen den Sachverständigen und den Steuerpflichtigen vermittelnde Tätigkeiten auszuführen, ohne selbst unmittelbar an der beratenden Tätigkeit beteiligt zu sein.

### 3. Vorgaben für die Art und Weise der Durchführung bestimmter Tätigkeiten

29. Mitgliedstaatliche Regelungen können auch Vorgaben für die **Art und Weise der Ausübung bestimmter Tätigkeiten** definieren. Soweit sich solche Regelungen auf die erbrachten Dienstleistungen bzw. die Tätigkeiten selbst – und nicht nur ihre «Modalitäten» – beziehen, liegt regelmässig ein **Eingriff in die jeweils einschlägige Personenverkehrsfreiheit** vor, da damit die Erbringung von Dienstleistungen oder die Ausübung von Tätigkeiten, die gerade nicht diesen Anforderungen entsprechen, unterbunden wird, so dass insoweit der Marktzugang beschränkt bzw. untersagt wird. Allerdings ist auch hier grundsätzlich eine **Rechtfertigung** aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses möglich, wobei die Verhältnismässigkeit gewahrt werden muss.

In den **verb. Rs. C-94/04 und C-202/04 (Cipolla)**<sup>110</sup> stellte der EuGH fest, dass es eine Beschränkung des Art. 56 AEUV darstelle, wenn ein Mitgliedstaat ein verbindliches Mindesthonorar für bestimmte rechtsanwaltliche Leistungen (nämlich solche, die einen Gerichtsbezug aufweisen) festlege und deren Erbringung zudem Rechtsanwälten vorbehalte. Denn diese Regelungen beschränkten die Auswahl für die Dienstleistungsempfänger und nähmen den Dienstleistungserbringern die Möglichkeit, durch das Anbieten geringerer Honorare wirksame Konkurrenz zu betreiben. Beide Massnahmen könnten jedoch grundsätzlich durch die Ziele des Verbraucherschutzes und der geordneten Rechtspflege gerechtfertigt werden (wobei es Sache des vorlegenden Gerichts sei zu prüfen, ob solche Regelungen dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz entsprächen). Die Überprüfung der Rechtfertigungsgründe anhand des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes überliess der Gerichtshof dem vorlegenden nationalen Gericht, wobei er aber auf gewisse zu berücksichtigende Aspekte hinwies.<sup>111</sup> Insgesamt dürfte der EuGH mit diesem Urteil den Mitgliedstaaten in dem spezifischen

---

<sup>110</sup> EuGH, verb. Rs. C-94/04, C-202/04 (Cipolla), ECLI:EU:C:2006:758. S. ähnlich auch EuGH, Rs. C-475/11 (Konstantinides), ECLI:EU:C:2013:542, in Bezug auf Standesregeln für die Höhe von Honoraren und Vorgaben betreffend Werbung.

<sup>111</sup> Unter anderem seien die Besonderheiten des fraglichen Marktes anwaltlicher Dienstleistungen zu berücksichtigen, bei der regelmässig eine «Asymmetrie der Information» (Rn. 68) zwischen Anwalt und Dienstleistungsempfänger vorliege.

Bereich der Rechtspflege auf der Rechtfertigungsebene einen nicht unerheblichen Gestaltungsspielraum einräumen.

Um die Voraussetzungen für die Eröffnung von Optikergeschäften in Griechenland ging es in der **Rs. C-140/03 (Kommission/Griechenland)**.<sup>112</sup> Darin, dass es gemäss dem einschlägigen griechischen Gesetz einem diplomierten Optiker als natürliche Person nicht erlaubt ist, mehr als ein Optikergeschäft zu betreiben, und die Möglichkeit zur Eröffnung eines Optikergeschäfts in Griechenland nur unter sehr eng umrissenen Voraussetzungen – wie etwa die mindestens 50-%ige Beteiligung der Person, die die Erlaubnis für den Betrieb des Geschäfts besitzt, am Gesellschaftskapital oder das Verbot für den betroffenen Optiker, noch an mehr als einem anderen Optikergeschäft eines anderen Optikers beteiligt zu sein – zulässig ist, sah der EuGH einen Verstoß gegen die Art. 49 AEUV. Die entsprechenden Regelungen seien geeignet, die Niederlassungsfreiheit zu beschränken. Das Ziel der griechischen Regelung, nämlich der Schutz der öffentlichen Gesundheit, sei auch mit weniger einschneidenden Massnahmen – wie der Verpflichtung zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung – zu erreichen.

In der **Rs. C-125/16 (Malta Dental)**<sup>113</sup> stellte der Gerichtshof fest, es stehe mit Art. 49 AEUV in Einklang, wenn ein in einem anderen Mitgliedstaat ausgebildeter Zahntechniker seine Tätigkeit nur unter Mitwirkung eines Zahnarztes ausüben darf. Zwar stelle ein solches Mitwirkungserfordernis eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar (insbesondere soweit eine derartige Anforderung im Herkunftsstaat nicht zum Zuge kommt); allerdings könne es durch den Schutz der öffentlichen Gesundheit – bei dem den Mitgliedstaaten ein grosser Wertungsspielraum zukomme, was sich auch auf der Ebene der Verhältnismässigkeitsprüfung auswirke – gerechtfertigt werden.

#### 4. Sonstige Marktzugangsregeln

**30.** In einer Reihe von Urteilen befasste sich der EuGH mit **sonstigen Marktzugangsbeschränkungen**, die in erster Linie Niederlassungs- und Genehmigungserfordernisse für bestimmte Tätigkeiten, gewisse sonstige Voraussetzungen für die Aufnahme von Tätigkeiten sowie teilweise auch «Bedarfsprüfungen» betreffen.<sup>114</sup> Im Einzelnen lassen sich aus der Rechtsprechung in Bezug auf die Zulässigkeit solcher Regelungen – die regelmässig Eingriffe in die jeweils einschlägige Personenverkehrsfreiheit implizieren – folgende, nicht abschliessende Grundsätze ableiten:

- Das Erfordernis einer **Niederlassung** in einem Mitgliedstaat als Voraussetzung für die Ausübung bestimmter Tätigkeiten – bei denen jeweils auch zu prüfen ist, ob es sich um die Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 52 Abs. 1 AEUV handelt, wobei dieser Begriff aber eng auszulegen ist<sup>115</sup> – steht in der Regel nicht mit den Grundfreiheiten in Einklang.<sup>116</sup>
- Auch **Wohnsitzpflichten** im Inland für bestimmte Berufsgruppen sind in aller Regel nicht mit den Vorgaben der Personenfreizügigkeitsrechte vereinbar.<sup>117</sup>

---

<sup>112</sup> EuGH, Rs. C-140/03 (Kommission/Griechenland), ECLI:EU:C:2005:242.

<sup>113</sup> EuGH, Rs. C-125/16 (Malta Dental Technologists Association), ECLI:EU:C:2017:707.

<sup>114</sup> Spezifische Fragen werfen die ebenfalls den Marktzugang betreffenden nationalen Regelungen betreffend die Durchführung von Glücksspielen und Lotterien auf, welche hier nicht berücksichtigt werden. S. hierzu aus der jüngeren Rechtsprechung z.B. EuGH, Rs. C-79/17 (Gmalieva), ECLI:EU:C:2018:687; EuGH, Rs. C-3/17 (Sporting Odds), ECLI:EU:C:2018:130.

<sup>115</sup> S. schon oben Rn. 20.

<sup>116</sup> S. z.B. EuGH, Rs. C-257/05 (Kommission/Österreich), ECLI:EU:C:2006:785; EuGH, Rs. C-393/05 (Kommission/Österreich), ECLI:EU:C:2007:722; EuGH, Rs. C-404/05 (Kommission/Deutschland); ECLI:EU:C:2007:723.

<sup>117</sup> S. z.B. EuGH, Rs. C-350/96 (Clean Car Autoservice), ECLI:EU:C:1998:205.

- **Genehmigungspflichten** dürfen von vornherein nur insoweit vorgesehen werden, als damit Anliegen Rechnung getragen werden soll, denen nicht schon im **Herkunftsstaat** entsprochen wird.<sup>118</sup>
- Grundsätzlich darf die Erteilung einer Genehmigung für die Ausübung bestimmter Tätigkeit nicht von einer Art **Bedarfsprüfung** (z.B. in Abhängigkeit von der Zahl der in einem bestimmten Gebiet bereits tätigen Unternehmen in dem betreffenden Bereich) abhängig gemacht werden: Denn hier geht es um einen wirtschaftlichen Grund.<sup>119</sup> Etwas anderes gilt jedoch, wenn eine solche Bedarfsprüfung notwendig ist, um einem anderen öffentlichen Interesse – z.B. die Eindämmung von Gesundheitskosten – Rechnung zu tragen.<sup>120</sup>
- Regelungen über die **staatliche Kostenerstattung**, die eine solche lediglich für im Inland niedergelassene Unternehmen vorsehen, sind grundsätzlich nicht mit Art. 49 EGV vereinbar.<sup>121</sup>

## II. Sekundärrecht

**31.** In seiner ursprünglichen Fassung nahm Anhang III FZA Bezug auf die verschiedenen Diplomanerkennungsrichtlinien der EU, welche zum Zeitpunkt der Unterzeichnung in der Union galten, so dass diese somit auch im Verhältnis Schweiz- EU anwendbar waren.<sup>122</sup> Nach einer entsprechenden Änderung des Anhangs III FZA (die einige Zeit in Anspruch nahm)<sup>123</sup> verweist dieser nun auf die **RL 2005/36 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen**,<sup>124</sup> so dass die **Rechtslage mit Bezug zur Schweiz parallel ausgestaltet ist wie in der EU** und somit in der Schweiz dieselben Bestimmungen im Bereich der Diplomanerkennung zum Zuge kommen wie in den EU-Mitgliedstaaten.<sup>125</sup>

Das **ursprüngliche System der Anerkennung** vor der Einführung der RL 2005/36 beruhte auf zwei Ansätzen: Das sog. sektorielle System sah die gegenseitige Anerkennung von bestimmten Berufen bzw. der entsprechenden Zulassungen<sup>126</sup> vor, während das sog. allgemeine System einen horizontalen Ansatz zugrundelegte, für eine Vielzahl von wirtschaftlichen Tätigkeiten vorgesehen war und durch ein Sub-System ergänzt wurde, wonach die Anerkennung nicht gemäss dem erlang-

<sup>118</sup> S. auch schon oben Rn. 26 in Bezug auf die Pflicht einer «Gleichwertigkeitsprüfung» im EU-Ausland erlangter Diplome und Fähigkeitsausweise.

<sup>119</sup> 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.

<sup>120</sup> S. z.B. EuGH, Rs. C-84/11 (Susisalo), CLI:EU:C:2012:374; EuGH, verb. Rs. C-570/07, C-571/07 (Perez), ECLI:EU:C:2010:300.

<sup>121</sup> S. z.B. EuGH, Rs. C-496/01 (Kommission/Frankreich), ECLI:EU:C:2014:137.

<sup>122</sup> Vgl. insoweit schon *Epiney/Blaser*, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III, Art. 9, Rn. 7, 14 ff.; *Gammenthaler*, SJER 2008/2009, 419 (421).

<sup>123</sup> Vgl., *Epiney/Blaser*, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III, Art. 9, Rn. 7.

<sup>124</sup> RL 2005/36 über die Anerkennung der Berufsqualifikationen, ABl. 2005 L 255, 22.

<sup>125</sup> S. schon oben Rn. 13; s. auch schon *Epiney/Mosters*, SJER 2013/2014, 57 (93).

<sup>126</sup> Insgesamt waren die folgenden sieben Berufe reglementiert: Arzt, Krankenschwester, Zahnarzt, Tierarzt, Apotheker Hebamme und Architekt.

ten Diplom, sondern gemäss der Berufserfahrung erfolgte. Das allgemeine System kam dabei im Verhältnis zum sektoriellen System nur subsidiär zum Zug.<sup>127</sup>

**32.** Die **RL 2005/36 knüpft** an dieses **ursprüngliche System der Anerkennung an**<sup>128</sup> und führt die verschiedenen Richtlinien zusammen,<sup>129</sup> wodurch das System an Transparenz gewann und einfacher zu handhaben ist. Unverändert blieben jedoch die automatische Anerkennung der sieben Berufe des sektoriellen Systems<sup>130</sup> sowie das grundsätzliche Verfahren der materiellen Prüfung im Rahmen des allgemeinen Systems,<sup>131</sup> wobei die RL 2005/36 zahlreiche sektorübergreifende Bestimmungen enthält.<sup>132</sup> Nichtsdestotrotz bezweckt die RL 2005/36 in erster Linie eine formale Vereinheitlichung und insbesondere Vereinfachung des Verfahrens der Anerkennung von Berufsqualifikationen, so dass sie im Ergebnis nur sehr beschränkt in die bestehenden Reglementierungen der Mitgliedstaaten betreffend die Berufsqualifikationen eingreift.<sup>133</sup> Ihre «materielle» Zielsetzung kann dahingehend zusammengefasst werden, dass sie es dem Inhaber einer Berufsqualifikation, die ihm in seinem Herkunftsmitgliedstaat die Aufnahme eines reglementierten Berufs erlaubt, ermöglichen soll, im Aufnahmemitgliedstaat denselben Beruf wie den, für den er in seinem Herkunftsstaat qualifiziert ist, aufzunehmen.<sup>134</sup>

Die RL 2005/36 ist am 20. Oktober 2005 in Kraft getreten und war innerhalb von zwei Jahren umzusetzen. Mit Ablauf der Umsetzungsfrist wurden die bisherigen Richtlinien aufgehoben (Art. 62 RL 2005/36).<sup>135</sup> In der Schweiz wurde die RL 2005/36 am 1. November 2011 vorerst partiell übernommen. Nach entsprechenden gesetzlichen Anpassungen ist sie seit dem 1. September 2013 vollständig in der Schweiz anwendbar.<sup>136</sup> Sofern die Anforderungen an die Bestimmtheit, die Klarheit sowie die Justiziabilität erfüllt sind, sind die Bestimmungen der RL 2005/36 in der Schweiz direkt anwendbar.<sup>137</sup> Dennoch können Anpassungen in der nationalen Gesetzgebung sinnvoll oder gar notwendig sein.<sup>138</sup>

**33.** Deutlich wird damit, dass die RL 2005/36 letztlich das **ursprüngliche System weiterführt**; dies gilt insbesondere auch für den Grundsatz der **Anerkennung von**

---

<sup>127</sup> Vgl. zu diesem ursprünglichen System, m.w.N., *Epiney/Blaser*, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III, Art. 9, Rn. 14 ff.; *Epiney/Gammenthaler*, in: Marktzugang in der EU und in der Schweiz, 1 (31 ff.).

<sup>128</sup> Vgl. so auch EuGH, Rs. C-586/08 (Rubino), ECLI:EU:C:2009:801.

<sup>129</sup> Insgesamt werden 15 Richtlinien in die RL 2005/36 überführt, vgl. dazu auch BBT, Erläuternder Bericht, 8.

<sup>130</sup> Vgl. Fn. 126.

<sup>131</sup> *Epiney/Blaser*, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III, Art. 9, Rn. 20.

<sup>132</sup> *Epiney/Gammenthaler*, in: Marktzugang in der EU und in der Schweiz, 1 (35).

<sup>133</sup> Vgl. nur *Kluth*, in: Marktzugang in der EU und in der Schweiz, 45 (53).

<sup>134</sup> EuGH, Rs. C-477/13 (Angerer), ECLI:EU:C:2015:239.

<sup>135</sup> Mit der RL 2013/55 zur Änderung der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen und der VO 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt- Informationssystems («IMI-Verordnung»), ABl. 2013 L 354, 132, welche am 17. Januar 2014 in Kraft trat, wurde die RL 2005/36 revidiert.

<sup>136</sup> Vgl. zur Übernahme der RL 2005/36 in den Anhang III FZA *Epiney/Blaser*, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III, Art. 9, Rn. 28 ff., m.w.N. S. auch *Gammenthaler*, SJER 2009/2010, 323 (324 ff.).

<sup>137</sup> BGE 134 II 341 (in Bezug auf die Vorgängerregelung).

<sup>138</sup> S. hierzu *Gammenthaler*, Diplomanerkennung, 374.

**Berufen** und nicht von Diplomen.<sup>139</sup> Die RL 2005/36 enthält aber auch **Neuerungen**, dies insbesondere auf drei Ebenen:<sup>140</sup>

- Erstens wird die **Erbringung von befristeten oder gelegentlichen Dienstleistungen erleichtert**.<sup>141</sup>
- Zweitens können Berufsverbände **Ausbildungsplattformen** zwecks Sicherstellung des Qualifikationsniveaus einrichten.<sup>142</sup>
- Schliesslich erfährt das **Verwaltungsverfahren eine Vereinfachung**.<sup>143</sup>

Der Beruf des **Anwalts** bleibt aber weiterhin separat, im Rahmen von zwei Richtlinien, geregelt,<sup>144</sup> welche auch im Anhang III FZA figurieren.

**34.** Die Bestimmungen der RL 2005/36 sind – abgesehen von einigen Ausnahmen, wie z.B. Rechtsanwälte oder Notare, sowie Tätigkeiten in der öffentlichen Verwaltung bzw. die Ausübung öffentlicher Gewalt<sup>145</sup> – auf alle **reglementierten Berufe** anwendbar. 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**<sup>146</sup> entweder direkt oder indirekt das Vorhandensein von bestimmten Berufsqualifikationen voraus-

---

<sup>139</sup> S. insoweit auch EuGH, Rs. C-586/08 (Rubino), ECLI:EU:C:2009:801.

<sup>140</sup> Zu den Neuerungen z.B. *Gammenthaler*, SJER 2009/2010, 323 (329 ff.).

<sup>141</sup> Anders als Personen, welche sich in einem anderen Staat niederlassen wollen, sowie regelmässige nicht ansässige Dienstleistungserbringer («prestataires de services réguliers non-établis») müssen temporäre und gelegentliche Dienstleistungserbringer kein Verfahren um Anerkennung des Diploms einleiten. In diesen Fällen wird die Gleichwertigkeit der Kompetenzen vermutet. Ausgenommen davon sind jedoch Dienstleistungen, welche Gefahren für die Gesundheit oder die öffentliche Sicherheit darstellen. S. hierzu *Epiney/Blaser*, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III, Art. 9, Rn. 24 f. Vgl. auch BBT, Erläuternder Bericht, 8 f.

<sup>142</sup> Dadurch können die verschiedenen Berufsverbände gemeinsam die Kriterien für die berufliche Qualifikation festlegen, welche auf den entsprechenden Beruf anwendbar sind. Auf diese Weise sollen grössere Unterschiede hinsichtlich der Ausbildungsanforderungen in den verschiedenen Ländern vermieden werden können. Vgl. dazu *Epiney/Blaser*, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III, Art. 9, Rn. 26; BBT, Erläuternder Bericht, 9. Mit der Einführung der Plattformen wird eine Standardisierung der Anforderungen an einen Beruf beabsichtigt. Damit soll vermieden werden, dass die Mitgliedstaaten Ausgleichsmassnahmen einfordern müssen. Den Berufsverbänden wird damit empfohlen, die unterschiedlichen Anforderungen auf der Bildungsstufe aneinander anzupassen. Vgl. dazu BBT, Erläuternder Bericht, 31 ff. m.w.H.

<sup>143</sup> Vgl. dazu *Epiney/Blaser*, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III, Art. 9, Rn. 27; s. auch BBT, Erläuternder Bericht, 9; speziell zur Nutzung der vorgesehenen Datenbank BBT, Erläuternder Bericht, 41 ff.

<sup>144</sup> Vgl. RL 77/249 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte, ABl. 1977 L 78, 17; RL 98/5 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde, ABl. 1998 L 77, 36.

<sup>145</sup> 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). S. auch schon oben Rn. 20.

<sup>146</sup> Entscheidend ist somit, ob eine derartige hoheitliche Regelung vorliegt, vgl. insoweit auch *Bert-houd*, Reconnaissance des qualifications professionnelles, 164.

setzt.<sup>147</sup> 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 den Beruf vorbereitenden Ausbildung bestätigt.<sup>148</sup> Deutlich wird damit auch, dass rein akademische Anerkennungen nicht in den Anwendungsbereich der RL 2005/36 fallen.<sup>149</sup> Allerdings sind hier ggf. die Grundfreiheiten zu beachten.

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.<sup>150</sup> 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,<sup>151</sup> so dass sich in diesen Fällen die Frage der Anerkennung nicht stellt, da der Zugang sowie die Ausübung solcher Berufe frei zugänglich sind.<sup>152</sup> 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.<sup>153</sup> Die **Schweiz** hat im Vergleich zu anderen Staaten eher wenige Berufe reglementiert,<sup>154</sup> wobei zusätzlich zu beachten ist, dass es sowohl eidgenössisch als auch kantonal reglementierte Berufe gibt.<sup>155</sup>

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 ausgerichtet ist.<sup>156</sup> Viele reglementierte Ausbildungen sind jedoch nicht auf einen reglementierten Beruf ausgerichtet,<sup>157</sup> und eine Ausbildung zu einem bestimmten Beruf kann reglementiert sein, während dessen Ausübung keiner Reglementierung unterworfen ist.<sup>158</sup>

### 35. Die RL 2005/36 gilt für **alle Marktteilnehmer**, seien es abhängig oder selbstständig Beschäftigte, die einen reglementierten Beruf in einem anderen Mitgliedstaat

---

<sup>147</sup> S. insoweit auch die Legaldefinition in Art. 3 Abs. 1 lit. a RL 2005/36.

<sup>148</sup> *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. Das Vorliegen eines reglementierten Berufs ist auch dann zu verneinen, wenn für eine bestimmte Tätigkeit lediglich ein «allgemeiner» Ausbildungsnachweis, welcher jedoch nicht auf einen bestimmten Beruf vorbereitet, verlangt wird, wie z.B. ein Universitätsabschluss in Rechtswissenschaft für die Tätigkeit als Referent bei einem Gericht, vgl. EuGH, Rs. C-298/14 (Brouillard), ECLI:EU:C:2015:652.

<sup>149</sup> 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.).

<sup>150</sup> Hierzu oben Rn. 16 ff.

<sup>151</sup> *Gammenthaler*, Diplomanerkennung, 288.

<sup>152</sup> *Berthoud*, Reconnaissance des qualifications professionnelles, 200.

<sup>153</sup> *Berthoud*, Reconnaissance des qualifications professionnelles, 165 f.

<sup>154</sup> Siehe dazu die Liste der reglementierten Berufe in der Schweiz unter <https://www.sbf.admin.ch/sbf/de/home/bildung/diploma/anerkenntungsverfahren-bei-niederlassung/reglementierte-berufe.html>, zuletzt besucht am 14.10.2020.

<sup>155</sup> Vgl. insoweit *Gammenthaler*, Diplomanerkennung, 375.

<sup>156</sup> S. die Legaldefinition in Art. 3 Abs. 1 lit. e) RL 2005/36.

<sup>157</sup> *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.).

<sup>158</sup> *Gammenthaler*, SJER 2008/2009, 419 (432).



ausüben wollen als dem, in dem sie ihre berufliche Qualifikation erworben haben (Art. 2 Abs. 1 RL 2005/36).<sup>159</sup> Allerdings betrifft sie nur die für die **Ausübung des betreffenden reglementierten Berufs verlangten Qualifikationen**,<sup>160</sup> nicht jedoch die sonstigen Bedingungen für die Ausübung des Berufs; hier sind aber die Vorgaben der Grundfreiheiten zu beachten.<sup>161</sup>

**36. Konzeptionell** knüpft die RL 2005/36 – wie erwähnt<sup>162</sup> – an die bisherigen allgemeinen Anerkennungsrichtlinien an. Der dort (noch) formulierte Grundsatz, dass die Anerkennung von Diplomen bzw. die Zulassung zur Berufsausübung an die Voraussetzung geknüpft ist, dass im Herkunftsmitgliedstaat bereits eine **Berufsqualifikation** für die Ausübung dieser Tätigkeit erforderlich ist, wird jedoch etwas **relativiert**. Dabei ist zwischen der Dienstleistungsfreiheit und Niederlassungsfreiheit zu unterscheiden:

- 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.<sup>163</sup>

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.<sup>164</sup> Um die Anwendung der in ihrem Hoheitsgebiet geltenden Disziplinarbestimmungen gemäss Artikel 5 Abs. 3 RL 2005/36 zu erleichtern, können die Mitgliedstaaten entweder eine automatische vorübergehende Eintragung oder eine Pro-Forma-Mitgliedschaft bei einer solchen Berufsorganisation vorsehen, sofern diese Eintragung oder Mitgliedschaft die Erbringung der Dienstleistungen in keiner Weise verzögert oder erschwert und für den Dienstleistungserbringer keine zusätzlichen Kosten verursacht. Damit ist auch die Pflicht zur Entrichtung von Kammerbeiträgen ausge-

---

<sup>159</sup> Sie kommt allerdings nur dann zur Anwendung, wenn sich die betreffende Person in den Aufnahmestaat begibt, um seine Dienstleistung anzubieten, so dass Korrespondenzdienstleistungen nicht erfasst sind, vgl. EuGH, Rs. C-342/14 (X-Steuerberatungsgesellschaft), ECLI:EU:C:2015:827, so dass diesfalls auf die Grundfreiheiten abzustellen ist (zu diesen oben Rn. 16 ff., 21 ff.).

<sup>160</sup> 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.

<sup>161</sup> Zu diesen oben Rn. 16 ff., 21 ff.

<sup>162</sup> Rn. 31 ff.

<sup>163</sup> Vgl. zu den Voraussetzungen, unter denen die Dienstleistungsfreiheit betroffen ist, EuGH, Rs. C-55/94 (Gebhard), ECLI:EU:1995:411.

<sup>164</sup> S. auch schon EuGH, Rs. C-58/98 (Corsten), ECLI:EU:C:2000:527, Rn. 44 ff.

schlossen. Die zuständige Behörde übermittelt der betreffenden Berufsorganisation eine Kopie der Meldung.

- Bezüglich der **Niederlassung** wird an das bisherige Konzept der Diplomanerkennung in den allgemeinen Richtlinien (RL 89/48 und RL 92/52) angeknüpft. Gemäss Art. 11 RL 2005/36 werden zudem fünf Berufsqualifikationsniveaus eingeführt, die eine leichtere Vergleichbarkeit der Qualifikationsniveaus in den Mitgliedstaaten erreichen sollen. Zur Vereinfachung der Anerkennung können ausserdem gemäss Art. 15 RL 2005/36 die Mitgliedstaaten selbst oder Berufsverbände Plattformen bilden, damit diese objektive Kriterien zu der Frage ausarbeiten, wie wesentliche Unterschiede zwischen den mitgliedstaatlichen Ausbildungsanforderungen ausgeglichen werden können. Bei Erfüllung dieser Kriterien durch den sich Niederlassenden soll dies zu einer automatischen Berufsanerkennung führen.<sup>165</sup>

Dabei sind von der RL 2005/36 lediglich **staatliche oder staatlich anerkannte Diplome bzw. Ausbildungsnachweise** erfasst.<sup>166</sup> 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.<sup>167</sup>

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.<sup>168</sup> Einem Diplom einer privaten Institution ohne staatliche Anerkennung fehlt die staatliche Kontrolle, so dass es auch nicht anerkannt werden kann.<sup>169</sup>

---

<sup>165</sup> S. schon Fn. 33.

<sup>166</sup> 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.

<sup>167</sup> 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.

<sup>168</sup> 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.

<sup>169</sup> Bei Ausbildungen, welche sowohl private als auch staatliche Module enthalten, werden die privaten nicht anerkannt und Ausgleichmassnahmen verlangt. Vgl. dazu BVGer B-6723/2009 vom 24.10.2013, E. 3; *Berthoud*, Reconnaissance des qualifications professionnelles, 97 f.

37. Im Einzelnen werden im Rahmen der Diplomanerkennung im Bereich Niederlassungsfreiheit<sup>170</sup> sowie letztlich auch für abhängig Beschäftigte **drei verschiedene Anerkennungssysteme** unterschieden:

- Für sieben Berufe – Arzt, Krankenschwester oder -pfleger für die allgemeine Pflege, Zahnarzt, Tierarzt, Hebamme, Apotheker und Architekt – gilt das sog. **sektorale Anerkennungssystem** gemäss Art. 21 ff. RL 2005/36. Hinsichtlich dieser Berufe erfolgt grundsätzlich eine **automatische Anerkennung**, dies ausgehend davon, dass die Ausbildungen koordiniert sind.<sup>171</sup> Mit diesem System der automatischen Anerkennung ist es nicht vereinbar, wenn über die in der RL 2005/36 selbst geregelten Anforderungen hinaus zusätzliche Anforderungen für den Zugang zu dem betreffenden Beruf (wie z.B. Praktika oder vergleichbare Erfahrungen) formuliert werden.<sup>172</sup>
- Von der **Anerkennung aufgrund von Berufserfahrung** gemäss Art. 16 ff. RL 2005/36 werden insbesondere Tätigkeiten der industriellen, kommerziellen und handwerklichen Berufe erfasst. Für diese haben die Mitgliedstaaten unter bestimmten Voraussetzungen die vorherige Ausübung des betreffenden Berufs im Herkunftsmitgliedstaat als ausreichenden Nachweis für die im Aufnahmemitgliedstaat geforderten Kenntnisse und Fähigkeiten anzuerkennen und somit den Zugang zu dem betreffenden Beruf zu ermöglichen. Berücksichtigt werden die Dauer und die Ausübungsart der Berufserfahrung (selbständig oder unselbständig) sowie die bisherige Ausbildung, wobei letztere Einfluss auf die Dauer der verlangten Berufserfahrung entfalten kann. Ferner müssen die früheren Ausbildungen einem staatlich anerkannten Zeugnis entnommen werden können oder von einer zuständigen Berufsorganisation als vollwertig anerkannt worden sein.<sup>173</sup>
- Ist weder das sektorale Anerkennungssystem einschlägig noch eine Anerkennung aufgrund von Berufserfahrung möglich,<sup>174</sup> so ist das **allgemeine Aner-**

---

<sup>170</sup> Für die Schweiz kommt die Dienstleistungsfreiheit von vornherein nur insoweit zum Zuge, wie Dienstleistungen im Hoheitsgebiet eines anderen Vertragsstaats während höchstens 90 Tagen erbracht werden.

<sup>171</sup> Die Pflicht zur Anerkennung besteht auch dann, wenn die Abschlüsse im Rahmen sog. Parallelstudien erlangt wurden, unabhängig davon, ob solche Parallelstudien im Aufnahmemitgliedstaat zulässig sind oder nicht, vgl. EuGH, Rs. C-675/17 (Preindl), ECLI:EU:C:2018:990.

<sup>172</sup> EuGH, Rs. C-365/13 (Ordre des architectes), ECLI:EU:C:2014:280.

<sup>173</sup> Hierzu BBT, Erläuternder Bericht, 31 ff., m.w.H.

<sup>174</sup> S. diesbezüglich auf 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. In EuGH, Rs. C-477/13 (Angerer), ECLI:EU:C:2015:239, stellte der Gerichtshof klar, dass die Voraussetzung des Vorliegens solcher besonderer und aussergewöhnlicher Umstände in jedem Fall gegeben sein müsse und der Umstand, dass jemand nicht über einen in der Richtlinie aufgeführten Ausbildungsausweis verfügt, nicht *per se* einen solchen Umstand darstelle. Der Gerichtshof begründet seinen Ansatz mit einer ausführlichen Bezugnahme auf Wortlaut, Zielsetzung und Systematik der Bestimmung. Zu der Frage, welche Art von Umständen besondere oder aussergewöhnliche Gründe im Sinne der Richtlinie darstellen könnten, präzisierter der EuGH, dass diese z.B. bejaht werden könnten, wenn der Antragsteller den Mechanismus der automatischen Anerkennung nicht in Anspruch nehmen konnte, etwa mangels Mitteilung des entsprechenden Ausbildungsnachweises durch die zuständigen Stellen des betreffenden Mitgliedstaats, oder wenn er aufgrund des Orts seiner Ausbildung den in der Richtlinie vorgesehenen Anerkennungsmechanismus nicht in Anspruch nehmen kann. Insgesamt könne es sich bei diesen

**kennungssystem** gemäss Art. 10 ff. RL 2005/36 anwendbar. Diesem 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 ist.<sup>175</sup> 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)<sup>176</sup> und Ausgleichsmassnahmen (nur) verlangen dürfen, wenn und soweit wesentliche Unterschiede zur inländischen Ausbildung festgestellt werden.<sup>177</sup> Dabei enthält die RL 2005/36 (insofern im Gegensatz zum Primärrecht bzw. letztlich in Präzisierung der primärrechtlichen Vorgaben) 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 von 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,<sup>178</sup> welcher den Beruf nicht reglementiert hat und mindestens ein Befähigungs- oder Ausbildungsnachweis besitzen (1). Des Weiteren muss das anzuerkennende Diplom von einer staatlichen Behörde ausgestellt

---

Gründen sowohl um Umstände handeln, die auf der konkreten Situation des betreffenden Mitgliedstaates und damit institutionellen und/oder strukturellen Hindernissen beruhen, als auch um Umstände, welche die persönliche Situation des Antragstellers betreffen.

<sup>175</sup> Es kann jedoch vorkommen, dass keines der drei Anerkennungssysteme anwendbar ist. In solchen Fällen sind die allgemeinen Bestimmungen der Personenfreizügigkeit (zu diesen oben Rn. 16 ff.) einschlägig. Vgl. insoweit auch *Berthoud*, Reconnaissance des qualifications professionnelles, 301 f.

<sup>176</sup> 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.

<sup>177</sup> Zur abweichenden Regelung vor der Revision der RL 2005/36 *Berthoud*, Reconnaissance des qualifications professionnelles, 291 f., m.w.N. Allerdings findet die RL 2005/36 keine Anwendung, wenn die Unterschiede zwischen den zur Debatte stehenden Tätigkeitsbereichen so gross sind, dass die Berufe bzw. Tätigkeiten nicht vergleichbar im Sinne des Art. 4 Abs. 2 RL 2005/36 sind, so 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, vgl. 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.

<sup>178</sup> Wobei Art. 13 Abs. 2 RL 2005/36 auch Ausnahmen davon vorsieht. Vgl. in Bezug auf die Anforderungen an die Berufserfahrung EuGH, Rs. C-424/09 (*Ioanni Toki*), ECLI:EU:C:2011:210: Es reiche 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 sei, ohne dass es notwendig sei, dass alle die den Beruf im Aufnahmemitgliedstaat auszeichnenden Tätigkeiten abgedeckt wurden; anderenfalls würde der Anwendungsbereich des Anerkennungsmechanismus zu sehr eingeschränkt.

worden oder staatlich anerkannt sein (2),<sup>179</sup> wobei die im Diplom validierte Berufsqualifikation gleichwertig<sup>180</sup> 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).

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).<sup>181</sup> Wenn dies verneint wird, hat die Behörde einen begründeten Entscheid zu erlassen und **Ausgleichsmassnahmen** anzuordnen (Art. 14 Abs. 6 RL 2005/36).<sup>182</sup> Die Auferlegung von Ausgleichsmassnahmen nach Art. 14 Abs. 1 lit. a RL 2005/36 setzt damit eine Prüfung voraus, mit der die zuständige Behörde des Aufnahmemitgliedstaats feststellen soll, ob möglicherweise zwischen der bisherigen Ausbildung des Antragstellers und der inländischen Ausbildung wesentliche Unterschiede bestehen. Dies impliziert auch, dass die Feststellung der Gleichwertigkeit nicht von weiteren bzw. zusätzlichen Kriterien abhängig gemacht werden darf, so dass die Ausgleichsmassnahmen keine «Zulassungsbedingungen» vorsehen dürfen.<sup>183</sup>

---

<sup>179</sup> Zu diesem Erfordernis schon oben Rn. 36.

<sup>180</sup> 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.

<sup>181</sup> 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 aufgrund 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.

<sup>182</sup> Hierzu im Einzelnen *Berthoud*, *Reconnaissance des qualifications professionnelles*, 310 ff.

<sup>183</sup> 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.

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.

**Wesentliche Unterschiede** dürfen nur bei ins Gewicht fallenden Differenzen der betroffenen Ausbildungen angenommen werden (s. insoweit auch Art. 14 Abs. 4 RL 2005/36).<sup>184</sup> Im Übrigen ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten, und letztlich geht es darum, ein Gleichgewicht zwischen den Interessen der Reglementierung sowie den Rechten der Betroffenen zu finden.<sup>185</sup> 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.<sup>186</sup>

Soweit Ausgleichsmassnahmen angeordnet werden dürfen, kann grundsätzlich die gesuchstellende Person die **Form der Ausgleichsmassnahmen** bestimmen.<sup>187</sup> Zur Auswahl steht einerseits das Ablegen einer Eignungsprüfung. Diese Variante eignet sich insbesondere für Personen, welche innert nützlicher Frist vorweisen 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.<sup>188</sup> 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

---

<sup>184</sup> 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 bezüglich Kenntnisse inländischer Institutionen fehlen oder dass sich die im Rahmen der Ausbildung erlangten Berufsqualifikationen stark unterscheiden. Vgl. dazu *Berthoud*, *Reconnaissance des qualifications professionnelles*, 307 f.

<sup>185</sup> 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.

<sup>186</sup> 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 verbunden wird ggf. die Aufforderung, bestimmte Unterlagen 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. Zum Rechtsweg auch noch unten Rn. 52 ff.

<sup>187</sup> Zu den Ausnahmen *Berthoud*, *Reconnaissance des qualifications professionnelles*, 324 ff.

<sup>188</sup> *Berthoud*, *Reconnaissance des qualifications professionnelles*, 318 ff., m.w.N.

grosses Ermessen zukommt. In vielen Fällen dauert ein solcher Anpassungslehrgang zwischen sechs und zwölf Monaten.<sup>189</sup> 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.<sup>190</sup>

---

<sup>189</sup> Hierzu *Berthoud*, *Reconnaissance des qualifications professionnelles*, 321 ff., m.w.N.

<sup>190</sup> *Berthoud*, *Reconnaissance des qualifications professionnelles*, 324.

## § 4 Zur Diplomanerkennung im Bereich der Osteopathie im Besonderen

**38.** Im Folgenden geht es darum, die Tragweite der dargelegten Grundsätze auf die spezielle Fallgestaltung der **Anerkennung von in einem EU-Mitgliedstaat erlangten Ausbildungsnachweisen in Osteopathie in der Schweiz** aufzuzeigen. Nach der Skizzierung der Ausgangslage – d.h. der Reglementierung der Tätigkeit als Osteopath in der Schweiz – (I.) soll insbesondere danach gefragt werden, welche Grundsätze für die Anerkennung von im Ausland absolvierten Ausbildungen formuliert werden können, dies mit einem Akzent auf in Österreich absolvierten Ausbildungen (II.). In einem Exkurs (III.) soll kurz auf Fragen des Rechtsschutzes eingegangen werden.

Die Grundlagen der Osteopathie wurden – anfänglich als Erweiterung der traditionellen Schulmedizin – Ende des 19. Jahrhunderts in den Vereinigten Staaten entwickelt, wobei sich der Begriff der Osteopathie erst später etablierte. Ende der 1950er Jahre gelangte die Osteopathie auch nach Europa, wo sie in immer mehr Ländern angewendet wurde. In der Schweiz wurde in Genf 1967 die erste schweizerische Osteopathieschule eröffnet. Später folgten weitere in Lausanne und Zurich. Im Laufe der Zeit wurde die Osteopathie in immer mehr Kantonen reglementiert. Schliesslich entstand am 2. Dezember 2005 der Schweizerische Verband der Osteopathen (SVO-FSO), ein Dachverband.<sup>191</sup> Von der Osteopathie sind alle diagnostischen sowie therapeutischen Techniken erfasst, welche die Erfassung, Behebung und Prävention von osteopathischen Läsionen beinhalten. Bei einer osteopathischen Läsion handelt es sich um eine Veränderung des Zustands der (anatomischen) Struktur, welche durch die Anwendung einer entsprechenden Behandlung behoben werden kann. Die osteopathische Läsion kann in einer pathologischen Erscheinung sowie in einer oder verschiedenen Einschränkungen hinsichtlich der Beweglichkeit und/oder der Elastizität und/oder der Verformbarkeit bestehen.<sup>192</sup> Osteopathen sind Erstversorger. Wird eine Krankheit diagnostiziert, welche einer ärztlichen Behandlung bedarf, stellen sie eine Überweisungsdiagnose. Bei der Behandlung von reversiblen Funktionsstörungen benutzen sie primär manuelle Techniken. Die Osteopathie zeichnet sich insbesondere dadurch aus, dass sie sich nicht auf die Behandlung von reversiblen mechanischen Läsionen des Bewegungsapparats beschränkt, sondern auch die Behandlung von Bewegungseinschränkungen des Gewebes anderer Systeme umfasst.<sup>193</sup>

### I. Ausgangslage: zur Regelung der Osteopathie in der Schweiz

**39.** Das **Gesundheitsberufegesetz (GesBG)**<sup>194</sup>, welches am 1. Februar 2020 in Kraft getreten ist, regelt einerseits die **Hochschulstudiengänge** von bestimmten Gesundheitsberufen, u.a. auch für den Studiengang Osteopathie.<sup>195</sup> Andererseits enthält dieses Gesetz auch Vorgaben betreffend die **Berufsausübung** der vom Anwendungsbereich erfassten sieben Berufe, u.a. Osteopathie.<sup>196</sup>

---

<sup>191</sup> GDK, Fächer- und Lernzielkatalog, 7.

<sup>192</sup> GDK, Fächer- und Lernzielkatalog, 8.

<sup>193</sup> GDK, Fächer- und Lernzielkatalog, 8.

<sup>194</sup> Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe, SR 811.21.

<sup>195</sup> Art. 2 Abs. 2 lit. a) Ziff. 7-8 GesBG betreffend den Bachelor- und Masterstudiengang für angehende Osteopathen.

<sup>196</sup> Darüber hinaus werden noch folgende Berufe erfasst: Pflegefachfrau und Pflegefachmann, Physiotherapeutin und Physiotherapeut, Ergotherapeutin und Ergotherapeut, Hebamme, Ernährungsberaterin und Ernährungsberater sowie Optometristin und Optometrist. Vgl. auch Botschaft GesBG, BBl 2015 8723.



Vor der Einführung des Gesundheitsberufegesetzes war die Berufsausübung der von diesem Gesetz erfassten sieben Berufe auf kantonaler Ebene geregelt bzw. reglementiert. Mit dem GesBG ist nun eine einheitliche Regelung der Berufsausübung der erfassten Berufe auf Bundesebene erfolgt. Insbesondere wurden die Bewilligungsvoraussetzungen für die Berufsausübung auf Bundesebene vereinheitlicht. Ausserdem wurden Berufspflichten und Disziplinar massnahmen festgelegt und die gesetzliche Grundlage für ein Register geschaffen.<sup>197</sup>

Das GesBG umfasst mehrheitlich Gesundheitsberufe mit Fachhochschulausbildung. Abgesehen davon gibt es noch eine Vielzahl weiterer Gesundheitsberufe, welche in den meisten Kantonen reglementiert sind. Die Berufsbildung der meisten dieser Berufe ist schon auf Bundesebene geregelt. Im Medizinalberufegesetz<sup>198</sup> sind die universitären Medizinalberufe und im Psychologieberufegesetz<sup>199</sup> die Psychologieberufe geregelt.<sup>200</sup>

**40. Die Berufsausübung** der vom Gesundheitsberufegesetz erfassten Berufe ist bei Ausübung in **eigener fachlicher Verantwortung bewilligungspflichtig**; die Bewilligung ist von dem Kanton zu erteilen, in welchem die Tätigkeit ausgeübt werden soll (Art. 11 GesBG).<sup>201</sup>

Vom Begriff «Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung» ist sowohl die unselbstständige (als Arbeitnehmer in einem öffentlichen oder privaten Betrieb) als auch die selbstständige Berufsausübung erfasst. Ebenso wenig ist relevant, ob es sich um einen Haupt- oder Nebenerwerb handelt. Die Ausübung in eigener fachlicher Verantwortung zeichnet sich insbesondere dadurch aus, dass keine Aufsicht durch eine Fachperson desselben Berufs wahrgenommen wird. Auf diese Weise soll gewährleistet werden, dass für eine Behandlung jeweils eine entsprechend ausgebildete Fachperson zuständig ist. Ist eine Person unter fachlicher Aufsicht tätig, so wird davon ausgegangen, dass diese Kontrolle die Patientensicherheit sowie die Qualität der Leistungen zu gewährleisten vermag, weshalb von einer Bewilligung abgesehen werden kann.<sup>202</sup>

**41. Die Voraussetzungen der Erteilung der Bewilligung** ergeben sich aus Art. 12 Abs. 1 GesBG. Danach muss die gesuchstellende Person

- über einen Bildungsabschluss nach Art. 12 Abs. 2 (für Osteopathen einen Master of Science in Osteopathie FH, Art. 12 Abs. 2 lit. g) GesBG)<sup>203</sup> oder einen anerkannten ausländischen Abschluss verfügen,
- vertrauenswürdig sein sowie physisch und psychisch Gewähr für eine einwandfreie Berufsausübung bieten, und

---

<sup>197</sup> Zum Ganzen Botschaft GesBG, BBl 2015 8724 f., m.w.H. zur Situation vor der Einführung des GesBG.

<sup>198</sup> Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe, SR 811.11.

<sup>199</sup> Bundesgesetz über die Psychologieberufe, SR 935.81.

<sup>200</sup> Vgl. Botschaft GesBG, BBl 2015 8738.

<sup>201</sup> Personen mit einer Berufsausübungsbewilligung eines Kantons erfüllen grundsätzlich auch die entsprechenden Voraussetzungen für eine Bewilligung in einem anderen Kanton, Art. 12 Abs. 3 GesBG.

<sup>202</sup> Die Kantone können von dieser bundesrechtlichen Regelung nicht abweichen. Sie dürfen jedoch weitere Berufe oder ggf. auch die Ausübung unter fachlicher Aufsicht regeln. Vgl. zum Ganzen Botschaft GesBG, BBl 2015 8746 f.

<sup>203</sup> Anders als bei anderen vom GesBG erfassten Gesundheitsberufen ist für die Ausübung des Berufs als OsteopathIn ein inländischer resp. ein anerkannter ausländischer Masterabschluss – und nicht bereits ein Bachelorabschluss – berufsqualifizierend, vgl. insoweit Botschaft GesBG, BBl 2015 8749. Dem berufsqualifizierenden Master of Science in Osteopathie FH gleichgestellt ist das interkantonale Diplom in Osteopathie, welches von der GDK ausgestellt wird, vgl. Art. 34 Abs. 3 GesBG, Art. 14 GesBAV.

- eine Amtssprache des Kantons beherrschen, für den die Bewilligung beantragt wird.

Personen, welche einen vom GesBG erfassten Beruf in eigener fachlicher Verantwortung während höchstens 90 Arbeitstagen pro Kalenderjahr in der Schweiz ausüben möchten, sind zwar von der Bewilligungspflicht ausgenommen. Sie unterliegen jedoch einer Meldepflicht (Art. 15 GesBG).<sup>204</sup>

**42.** Deutlich wird damit, dass der **Beruf als Osteopath** in eigener fachlicher Verantwortung in der Schweiz im Sinne der RL 2005/36 **reglementiert** ist,<sup>205</sup> werden doch nur Personen als Osteopathin und als Osteopath zugelassen, welche den «Master of Science in Osteopathie FH» absolviert haben (oder über einen anerkannten ausländischen Abschluss verfügen).<sup>206</sup>

**43.** Das Gesundheitsberufegesetz sieht auch eine **obligatorische Akkreditierung** der betroffenen **Studiengänge** vor (Art. 6 ff. GesBG): Die vom Regelungsbereich des GesBG erfassten Studiengänge (vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. a) GesBG) müssen somit akkreditiert sein.<sup>207</sup> Art. 7 GesBG sind die hierfür notwendigen Voraussetzungen zu entnehmen: Neben der institutionellen Akkreditierung der Hochschule oder Institution des Hochschulbereichs müssen insbesondere die Studienprogramme bestimmte Voraussetzungen erfüllen, so dass den Studierenden die erforderlichen Kompetenzen vermittelt werden.

Lange fehlte es an einer einheitlichen Ausbildung in Osteopathie in der Schweiz. Die Gesundheitsdirektorenkonferenz (GDK)<sup>208</sup> hatte im Jahr 2007 das Reglement für die interkantonale Prüfung von Osteopathinnen und Osteopathen in Kraft gesetzt, um die Qualität der beruflichen Fähigkeiten gewährleisten zu können. Die grosse Mehrheit der Kantone setzte hinsichtlich der Berufsausübungsbewilligung ein von der GDK ausgestelltes interkantonales Diplom voraus.<sup>209</sup> Um für die interkantonale Prüfung zugelassen zu werden, bedurfte es jedoch einer vollzeitlichen Ausbildung von fünf Jahren. Damals fehlte jedoch ein entsprechendes Angebot in der Schweiz. In der Folge kam es zu einem Mangel an OsteopathInnen in der Deutschschweiz sowie im Tessin.<sup>210</sup>

Ein Bachelorstudiengang in Osteopathie<sup>211</sup> wird erst seit Herbst 2014 von der Fachhochschule Westschweiz (HES-SO) an der Hochschule für Gesundheit Freiburg (HEdS FR) angeboten. Dieser wurde vom Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) bewilligt.<sup>212</sup> Der entsprechende Masterstudiengang, welcher berufsqualifizierend ist, ist seit Herbst 2017

<sup>204</sup> Hierzu Botschaft GesBG, BBl 2015 8751 m.w.H.

<sup>205</sup> Zum Begriff des reglementierten Berufs nach der RL 205/36 oben Rn. 34.

<sup>206</sup> Vgl. insoweit auch die Liste der reglementierten Berufe / Tätigkeiten in der Schweiz des Staatssekretariats für Bildung, Forschung und Innovation (SBFI) des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF, Februar 2020, 6. Ebenfalls vom Vorliegen eines reglementierten Berufs geht das Bundesgericht aus: BGer 2C\_1058/2019, E. 2.7.

<sup>207</sup> Art. 6 Abs. 1 GesBG.

<sup>208</sup> Dabei handelt es sich um die Vereinigung als politisches Koordinationsorgan der Regierungsmitglieder der Kantone, welche für das Gesundheitswesen zuständig sind. Damit soll die Zusammenarbeit zwischen den Kantonen sowie auch mit dem Bund und zentralen Organisationen im Gesundheitswesen gefördert werden. Vgl. dazu Osteopathievereinigung, Weissbuch, 8.

<sup>209</sup> Im Jahr 2013 wurden 50 interkantonale Diplome in Osteopathie von der GDK ausgestellt. Hierzu Botschaft GesBG, BBl 2015 8724.

<sup>210</sup> Vgl. Botschaft GesBG, BBl 2015 8729 f.; Osteopathievereinigung, Weissbuch, 26, 55 ff.

<sup>211</sup> Vgl. dazu <https://www.heds-fr.ch/de/ausbildung/osteopathie/bachelor/>, zuletzt besucht am 7.10.2020.

<sup>212</sup> Vgl. Botschaft GesBG, BBl 2015 8729 f.

im Angebot.<sup>213</sup> Des Weiteren haben auch InhaberInnen eines Bachelor of Science FH Schweiz in Physiotherapie die Möglichkeit im Rahmen einer Passerelle in den Studiengang Bachelor / Master of Science HES-SO in Osteopathie aufgenommen zu werden. Dazu muss eine Zulassungsprüfung abgelegt werden.<sup>214</sup>

## II. Zur Anerkennung von ausländischen Ausbildungsnachweisen - unter besonderer Berücksichtigung österreichischer Abschlüsse in Osteopathie

**44.** Ein **ausländischer Bildungsnachweis** wird grundsätzlich **anerkannt**, sofern die Gleichwertigkeit mit dem verlangten inländischen Diplom entweder in einem Vertrag über die gegenseitige Anerkennung mit dem Staat oder einer überstaatlichen Organisation statuiert wird oder im Einzelnen die Gleichwertigkeit anhand der Bildungsstufe, -inhalt, -dauer sowie den im Bildungsgang erworbenen praktischen Qualifikationen nachgewiesen werden kann (Art. 10 Abs. 1 GesBG). Während das Freizügigkeitsabkommen unter die erste Variante subsumiert werden kann, bezieht sich die zweite auf Bildungsabschlüsse aus Drittstaaten.<sup>215</sup>

Ein anerkannter ausländischer Bildungsnachweis entfaltet hinsichtlich der Berufsausübung in der Schweiz dieselben Wirkungen wie der entsprechende inländische Bildungsnachweis (Art. 10 Abs. 2 GesBG).

**45.** Die **Zuständigkeit** für die Anerkennung von ausländischen Abschlüssen wurde mit dem Inkrafttreten des GesBG für alle vom Geltungsbereich des GesBG erfassten Berufe einheitlich geregelt: Nach Art. 10 Abs. 3 GesBG regelt der Bundesrat die Anerkennung ausländischer Bildungsabschlüsse, wobei dieser die Aufgabe an Dritte delegieren kann. Von dieser Delegationsbefugnis hat der Bundesrat Gebrauch gemacht und diese Aufgabe dem **Schweizerischen Roten Kreuz (SRK)** übertragen (Art. 2 Abs. 1 GesBAV), so dass dieses somit auch für die Anerkennung von ausländischen Bildungsabschlüssen in Osteopathie zuständig ist.<sup>216</sup>

Das **Verfahren** der Anerkennung ist in Art. 4 ff. GesBAV geregelt. So muss ein entsprechendes Gesuch eingereicht werden (Art. 4 GesBAV). Gemäss Art. 5 GesBAV tritt das SRK auf ein Gesuch ein, sofern mit dem Gesuch um Gleichwertigkeit eines vom GesBG erfassten Bildungsabschluss ersucht wird, dieser Abschluss auf staatlichen Rechts- oder Verwaltungsvorschriften beruht und von der zuständigen ausländischen Behörde resp. Institution ausgestellt worden ist, die geforderten Sprachkenntnisse nachgewiesen sind und die gesuchstellende Person zur Berufsausübung des entsprechenden Berufs in demjenigen Staat zugelassen ist, welcher den Bildungsnachweis ausgestellt hat.

---

<sup>213</sup> Vgl. dazu Botschaft GesBG, BBl 2015 8731; <https://www.heds-fr.ch/de/ausbildung/osteopathie/master/>, zuletzt besucht am 7.10.2020.

<sup>214</sup> Vgl. dazu <https://www.heds-fr.ch/de/ausbildung/osteopathie/passerelle-physio-osteo/>, zuletzt besucht am 7.10.2020.

<sup>215</sup> Vgl. insoweit auch Botschaft GesBG, BBl 2015 8746.

<sup>216</sup> Vgl. Art. 2 GesBAV; Liste der reglementierten Berufe / Tätigkeiten in der Schweiz des Staatssekretariats für Bildung, Forschung und Innovation (SBFI) des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF, Februar 2020, 6; s. auch Botschaft GesBG, BBl 2015 8768; Interpellation 18.4185 vom 12.12.2018 (Marchand-Balet Géraldine), abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20184185>, zuletzt besucht am 19.10.20.

**46.** Damit hat das SRK für Abschlüsse der **Osteopathie aus EU-Mitgliedstaaten** das **allgemeine Anerkennungssystem der RL 2005/36**<sup>217</sup> anzuwenden (1.), geht es in der Schweiz doch um einen reglementierten Beruf.<sup>218</sup> Soweit die RL 2005/36 – aus welchen Gründen auch immer – nicht anwendbar ist, ist das ebenfalls im FZA verankerte **Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit** zu beachten (2.), das parallel zu den erörterten primärrechtlichen Vorgaben<sup>219</sup> auszulegen ist.<sup>220</sup>

Den **Vorgaben des FZA** und damit auch der RL 2005/36 kommt im Übrigen gegenüber innerstaatlichem Recht **Vorrang** zu, so dass im Falle eines Widerspruchs zwischen innerstaatlichem Gesetzes- oder Verordnungsrecht einerseits und dem FZA bzw. der RL 2005/36 andererseits, der nicht durch eine völkerrechtskonforme Auslegung «verhindert» werden kann, letzteres massgeblich ist.<sup>221</sup>

Im Übrigen wird nachfolgend nur auf die Frage der Anerkennung von Ausbildungsnachweisen eingegangen, nicht auf die weiteren Voraussetzungen (wie z.B. hinreichende Sprachkenntnisse).

## 1. Zur Anerkennung auf der Grundlage der RL 2005/36

**47.** Im Anschluss an die oben erörterte Systematik des Systems der allgemeinen Anerkennung ist für eine Anerkennung jedenfalls – unabhängig davon, ob der Zugang zum Beruf im Herkunftsstaat reglementiert ist oder nicht – erforderlich, dass der Gestuchsteller über ein **staatliches oder staatlich anerkanntes Diplom** verfügt sowie das **Berufsqualifikationsniveau** demselben Niveau entspricht wie die im Aufnahmemitgliedstaat geforderte Qualifikation oder unmittelbar unter dem geforderten Niveau liegt (Art. 13 Abs. 1, 2 i.V.m. Art. 11 RL 2005/36):

- In Bezug auf die zuerst genannte Voraussetzung ist somit – soweit es nicht um eine durch staatliche Behörden organisierte Ausbildungen geht, was im Fall der Osteopathie wohl selten sein wird – notwendig, dass der Ausbildungsgang, der zu dem Diplom führt, **staatlich anerkannt** ist, z.B. durch eine **Akkreditierung**. Die Frage des Vorliegens einer Akkreditierung oder einer sonstigen staatlichen Anerkennung ist jeweils im Einzelfall zu prüfen.

In **Österreich** bedürfen Privatuniversitäten und Fachhochschulen – anders als öffentliche Universitäten<sup>222</sup> – einer institutionellen **Akkreditierung**, um staatlich anerkannt zu werden.<sup>223</sup> Die Erstakkreditierung einer Fachhochschule, welche für sechs Jahre ausgesprochen wird, umfasst sowohl die Institution selbst als auch die zu jenem Zeitpunkt beantragten Studiengänge. Werden neue Studiengänge angeboten, so ist eine Programmakkreditierung nötig. Diese wird grundsätzlich unbefristet erteilt.<sup>224</sup> Für die Akkreditierung von Bachelor- und Master-Studiengängen ist nach dem Hochschul-Qualitätssicherungsgesetz<sup>225</sup> (HS-QSG) die 2012 gegründete «Agentur für Qualitätssicherung und Akkreditierung Austria» (AQ Austria) zuständig.<sup>226</sup> Die im Rahmen des Akkreditierungsverfahrens vorgenommenen Audits können abge-

<sup>217</sup> Zu diesem oben Rn. 37.

<sup>218</sup> Oben Rn. 39 ff.

<sup>219</sup> Rn. 21 ff.

<sup>220</sup> S.o. Rn. 16 ff.

<sup>221</sup> Zum Vorrang des FZA gegenüber nationalem Recht Rn. 6.

<sup>222</sup> Ausgenommen davon sind jedoch die Doktoratsstudien der Donau-Universität Krems. Vgl. dazu AHPGS, Bewertungsbericht Osteopathie Innsbruck, 4.

<sup>223</sup> Vgl. dazu § 18 Abs. 1-3 HS-QSG.

<sup>224</sup> § 23 HS-QSG; AHPGS, Bewertungsbericht Osteopathie Innsbruck, 4.

<sup>225</sup> BGBl. I Nr. 74/2011.

<sup>226</sup> Vgl. dazu § 18 Abs. 1-3 HS-QSG.

sehen von der AQ Austria u.a. auch von einer im European Quality Assurance Register for Higher Education (EQAR)<sup>227</sup> registrierten Qualitätssicherungsagentur durchgeführt werden. Diesen Audits kommt dieselbe Wirkung wie denjenigen der Agentur zu.<sup>228</sup> Um eine solche Qualitätssicherungsagentur handelt es sich bei der Akkreditierungsagentur im Bereich Gesundheit und Soziales (AHPGS),<sup>229</sup> die auf die Bereiche Gesundheit und Soziales sowie verwandte Gebiete spezialisiert ist und u.a. Akkreditierungen von Bachelor- und Masterstudiengängen, also Programmakkreditierungen vornimmt, welche u.a. an Fachhochschulen angeboten werden.<sup>230</sup> Seit 2015 ist die AHPGS berechtigt, Audits an Universitäten und Fachhochschulen in Österreich durchzuführen.<sup>231</sup>

In Osteopathie bildet die **FH Gesundheit Tirol** einen **Master of Science in Osteopathie (MSc.Ost.)** an. Die 2006 gegründete FH Gesundheit Tirol<sup>232</sup> befasst sich hauptsächlich mit der akademischen Aus- und Weiterbildung im Gesundheitsbereich.<sup>233</sup> Sie wurde als Institution akkreditiert, und auch die sieben Bachelor-Studiengänge sowie der Master-Studiengang im Bereich Qualitäts- und Projektmanagement sind von der AQ Austria akkreditiert worden.<sup>234</sup> Der Master of Science in Osteopathie ist ein berufsbegleitender Weiterbildungslehrgang<sup>235</sup>, der 120 ECTS umfasst, auf vier Semester ausgelegt ist und in 16 Module gegliedert ist.<sup>236</sup> Die Studierenden haben üblicherweise bereits eine Vorausbildung absolviert und verfügen über eine entsprechende Berufsberechtigung im Gesundheitswesen (Physiotherapie, Ergotherapie, Medizin).

Weiterbildungslehrgänge können sich **freiwillig akkreditieren** lassen.<sup>237</sup> Die FH Gesundheit Tirol hat bezüglich ihres Lehrgangs zur Weiterbildung in **Osteopathie** am 9. Mai 2014 bei der AHPGS einen Antrag auf freiwillige Akkreditierung eingereicht. Die Akkreditierungskommission fasste am 7. Mai 2015 den Beschluss, den berufsbegleitend angebotenen Lehrgang zur Weiterbildung in Osteopathie unter einer Auflage zu akkreditieren. Diese erstmalige Akkreditierung wurde für fünf Jahre ausgesprochen und endete am 30. September 2020. Die Auflage wurde gemäss dem Beschluss der Akkreditierungskommission vom 18. Februar 2016 als erfüllt abgeschlossen.<sup>238</sup> Unklar ist aufgrund der öffentlich zugänglichen Dokumente, ob die nun kürzlich abgelaufene Akkreditierung verlängert worden ist bzw. ob ein entsprechendes Verfahren hängig ist.

---

<sup>227</sup> Da in vielen europäischen Staaten höhere Bildungseinrichtungen resp. Studiengänge regelmässig von einer externen Qualitätssicherungsagentur beurteilt werden müssen, wurde mit dem EQAR ein Register für ebensolche Agenturen geschaffen, welche erwiesenermassen nach den Grundsätzen der Qualitätssicherung arbeiten. Vgl. dazu <https://www.eqar.eu/about/introduction/>, zuletzt besucht am 19.10.20.

<sup>228</sup> § 19 Abs. 1 HS-QSG.

<sup>229</sup> Die AHPGS wurde erneut bis am 30. Juni 2024 in das Register aufgenommen. Vgl. dazu <https://www.eqar.eu/register/agencies/agency/?id=9>, zuletzt besucht am 19.10.20.

<sup>230</sup> Siehe dazu <https://ahpgs.de>, zuletzt besucht am 19.10.20.

<sup>231</sup> Siehe dazu <https://www.eqar.eu/register/agencies/agency/?id=9>, zuletzt besucht am 19.10.20.

<sup>232</sup> Eigentümer der Hochschule sind einerseits die Tiroler Landeskrankenanstalten GmbH (74%) sowie die Private Universität für Gesundheitswissenschaften, Medizinische Informatik und Technik (UMIT) (26%).

<sup>233</sup> AHPGS, Bewertungsbericht Osteopathie Innsbruck, 24.

<sup>234</sup> AHPGS, Bewertungsbericht Osteopathie Innsbruck, 30.

<sup>235</sup> Mastergrade der Weiterbildung in Österreich sind von Mastergraden von ordentlichen Studien zu unterscheiden. So ist bei ersteren der Zugang zu einem Doktoratsstudium nicht möglich. Studierende solcher Studiengänge sind zudem als ausserordentliche Studierende an der Fachhochschule immatrikuliert. AHPGS, Bewertungsbericht Osteopathie Innsbruck, 27.

<sup>236</sup> AHPGS, Bewertungsbericht Osteopathie Innsbruck, 28. S. im Einzelnen zur Organisation des Lehrgangs ebd., 8 ff.

<sup>237</sup> AQ, Freiwillige Akkreditierung, 3.

<sup>238</sup> AHPGS, Bewertungsbericht Osteopathie Innsbruck, 46 ff.

- **Art. 11 RL 2005/36 unterscheidet fünf Qualifikationsniveaus.** In Bezug auf die Ausbildungsnachweise in Osteopathie handelt es sich sowohl in der Schweiz als auch in Österreich um ein Master-Diplom einer Fachhochschule. Nicht relevant dürfte in diesem Zusammenhang sein, ob ein Lehrgang als Weiterbildungslehrgang eingestuft wird oder nicht, ergibt sich doch keinerlei Hinweis auf eine derartige Unterscheidung in Art. 11 RL 2005/36.<sup>239</sup> Eine solche wäre auch wenig sinnvoll, da die Frage, ob eine bestimmte Ausbildung als Weiterbildung oder als «ordentlicher» Studiengang zu qualifizieren ist, in den verschiedenen Staaten höchst unterschiedlich beantwortet wird.

Sowohl bei einem Studium an einer Fachhochschule in der Schweiz als auch bei einem Lehrgang an einer Fachhochschule in Österreich handelt es sich um eine postsekundäre Ausbildung.<sup>240</sup> In der Schweiz baut der 90 ECTS umfassende Master in Osteopathie, welcher als Teilzeitstudium für vier Semester ausgelegt ist, grundsätzlich auf dem Bachelor of Science HES-SO in Osteopathie auf.<sup>241</sup> Bei letzterem handelt es sich um eine dreijährige Vollzeitausbildung, welche den Erwerb von 180 ECTS voraussetzt.<sup>242</sup> In Österreich wird der Masterstudiengang berufsbegleitend angeboten, wird in fünf Semestern absolviert, in welchen 120 ECTS erworben werden müssen. Zugelassen werden Personen mit verschiedenen Abschlüssen, wobei es sich jedoch mehrheitlich um FH Bachelor-Studiengänge handelt, z.B. einen Abschluss eines FH-Bachelor-Studienganges Ergotherapie.<sup>243</sup> Ein solches Diplom kann beispielsweise ebenfalls an der FH Gesundheit Tirol im Rahmen eines Vollzeitstudiums von sechs Semestern erworben werden, sofern 180 ECTS erlangt worden sind.<sup>244</sup> Demnach basiert die Ausbildung in Osteopathie sowohl in der Schweiz als auch in Österreich auf einem Bachelor-Studiengang in Vollzeit (bestehend aus 180 ECTS und sechs Semestern) sowie einem Master-Studiengang in Teilzeit (bestehend aus 90 bzw. 120 ECTS und vier bzw. fünf Semestern) an einer Fachhochschule. Da der Master-Abschluss in Osteopathie in Österreich ein Semester sowie 30 ECTS mehr voraussetzt als derjenige in der Schweiz, spricht Vieles dafür, dass dem Erfordernis des Qualifikationsniveaus entsprochen werden könnte.<sup>245</sup>

<sup>239</sup> Im Gegenteil dürften die Hinweise in Art. 11 RL 2005/36 auf Teilzeitausbildungen, die offenbar auch erfasst sind, darauf hindeuten, dass jegliche Art von Ausbildung erfasst ist, unter Einschluss von Weiterbildungen, soweit die materiellen Voraussetzungen erfüllt sind.

<sup>240</sup> Siehe dazu für Österreich <https://www.bildungssystem.at/> sowie für die Schweiz [https://edudoc.educa.ch/static/web/bildungssystem/grafik\\_bildung\\_d.pdf](https://edudoc.educa.ch/static/web/bildungssystem/grafik_bildung_d.pdf), beide zuletzt besucht am 24.11.2020.

<sup>241</sup> Für InhaberInnen eines Bachelor of Science FH in Physiotherapie wird jedoch auch eine Passerelle angeboten.

<sup>242</sup> <https://www.hes-so.ch/de/bachelor-osteopathie-3381.html?theme=T12;> <https://www.hes-so.ch/de/master-osteopathie-8990.html?theme=T12>, beide zuletzt besucht am 24.11.2020; Art. 3 Abs. 2 Reglements für den Studiengang Master of Science HES-SO in Osteopathie, abrufbar unter <https://www.hes-so.ch/de/master-osteopathie-8990.html?theme=T12>.

<sup>243</sup> Vgl. dazu <https://www.fhg-tirol.ac.at/page.cfm?vpath=studium/master/osteopathie>, zuletzt besucht am 24.11.2020.

<sup>244</sup> Vgl. dazu <https://www.fhg-tirol.ac.at/page.cfm?vpath=studium/bachelor/ergotherapie>, zuletzt besucht am 24.11.2020.

<sup>245</sup> So fallen die Qualifikationsniveaus a) und b) ausser Betracht, da es sich um eine postsekundäre Ausbildung handelt. Ausserdem kann das Niveau gemäss Art. 13 Abs. 2 lit. b) RL 2005/36 auch unmittelbar unter demjenigen des Aufnahmemitgliedstaats angesiedelt sein kann. Ggf, gilt es zudem, Art. 13 Abs. 3 RL 2005/36 zu beachten. Nach dieser Bestimmung gewährt der Aufnahmemitgliedstaat den Zugang zu einem reglementierten Beruf und erlaubt dessen Ausübung, wenn in seinem Hoheitsgebiet für den Zugang zu diesem Beruf ein Ausbildungsnachweis verlangt wird, der eine Hochschulausbildung von vier Jahren abschliesst, und der Antragsteller über einen Ausbildungsnachweis des Niveaus gemäss Art. 11 lit. c) RL 2005/36 verfügt, dies abweichend von Art. 13 Abs. 1 lit. b) und Art. 13 Abs. 2 li. B) RL 2005/36.

**48.** Soweit der im Aufnahmestaat reglementierte Beruf auch im **Herkunftsstaat** bzw. in dem Staat, in welchem die Qualifikation erlangt wurde, **reglementiert** ist, ist das Diplom bei Vorliegen der skizzierten Voraussetzungen anzuerkennen (vorbehältlich von Ausgleichsmassnahmen), Art. 13 Abs. 1 RL 2005/36. Ist dies **nicht der Fall** und ist auch die **Ausbildung nicht reglementiert**, darf die zuständige Behörde – zusätzlich zu den skizzierten Voraussetzungen, wobei im Falle fehlender Reglementierung darzulegen ist, dass die Ausbildung auf den betreffenden Beruf vorbereitet – den Nachweis einfordern, dass der Beruf bereits während mindestens zwei Jahren während der vorhergehenden zehn Jahren in einem anderen Mitgliedstaat, der diesen Beruf nicht reglementiert, ausgeübt worden ist (Art. 13 Abs. 2 RL 2005/36).<sup>246</sup>

In **Österreich** ist die **Osteopathie** derzeit **nicht reglementiert**, weshalb die Berufsausübung häufig im Rahmen der bereits vorhandenen Berufsberechtigungen erfolgt (z.B. Arzt, Ergotherapie, Physiotherapie).<sup>247</sup>

**49.** Ist aufgrund der dargelegten Erwägungen der Ausbildungsnachweis grundsätzlich **anzuerkennen**, hat die zuständige Behörde die Ausbildungen zu **vergleichen**. Stellt sie wesentliche Unterschiede fest, prüft sie, ob die Berufserfahrung diese ausgleichen kann; andernfalls kann sie sog. **Ausgleichsmassnahmen** anordnen (Art. 14 Abs. 5, 6 RL 2005/36).<sup>248</sup>

## **2. Zur Tragweite des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit**

**50.** Sollte die RL 2005/36 nicht anwendbar sein (z.B. weil die Ausbildung nicht staatlich anerkannt war), sind gleichwohl die oben<sup>249</sup> im Einzelnen erläuterten Anforderungen, die sich aus dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung ergeben, zu beachten. Diese implizieren insbesondere, dass eine umfassende **materielle Gleichwertigkeits- oder Äquivalenzprüfung** vorzunehmen ist, so dass geprüft werden muss, ob die vom Antragsteller vorgelegten Diplome bzw. Nachweise oder Berufserfahrungen den für die Zulassung zur Tätigkeit geforderten innerstaatlichen Vorschriften bzw. geforderten Nachweisen entsprechen. Dabei kommt dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit eine zentrale Rolle zu. Ggf. können Ausgleichsmassnahmen angeordnet werden, wobei u.U. aber auch eine partielle Anerkennung in Frage kommt bzw. zu gewähren ist.

**51.** Diese Pflicht impliziert insbesondere, dass die Behörde auch bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen für eine Anerkennung nach der RL 2005/36 auf ein entsprechendes **Gesuch eintreten** muss, um diese Prüfung vornehmen zu können. Hiermit stünde ein Nichteintreten aus formalen Gründen (z.B. das Fehlen einer bestimmten Bescheinigung) nicht in Einklang.

Es ist nicht davon auszugehen, dass die RL 2005/36 insofern eine abschliessende Regelung der Diplomanerkennung getroffen hätte, dass jede andere Form der Anerkennung von Ausbildungen im Falle des Nichteingreifens der Voraussetzungen der Anerkennung nach der RL 2005/36 ausgeschlossen wäre; eine solche Auslegung stünde wohl kaum mit den Grundfreiheiten in Einklang,

---

<sup>246</sup> S. schon oben Rn. 37.

<sup>247</sup> AHPGS, Bewertungsbericht Osteopathie Innsbruck, 11 f. Vgl. dazu auch BGer 2C\_1058/2019, E. 2.7.

<sup>248</sup> S. im Einzelnen oben Rn. 37.

<sup>249</sup> Rn. 16 ff., 21 ff.

und für sie sind der RL 2005/36 auch keinerlei Anhaltspunkte zu entnehmen. Auch die Rechtsprechung des EuGH geht in diese Richtung, so wenn er die einschlägige Grundfreiheit im Falle der Nichtanwendbarkeit der RL 2005/36 oder des Nichtvorliegens der Voraussetzungen für eine Anerkennung subsidiär anwendet.<sup>250</sup>

### III. Exkurs: zum Rechtsschutz

**52.** Da in der Schweiz keine einheitliche Verwaltungsbehörde für die Anerkennung von Diplomen zuständig ist, sondern sich die Zuständigkeit je nach Art der Reglementierung unterscheidet, kann sich im Anschluss daran auch der Rechtsweg unterschiedlich gestalten. Primär ist dabei zu unterscheiden, ob es sich um einen durch einen **Bund** oder den **Kanton reglementierten Beruf** handelt.<sup>251</sup>

**53.** Anerkennungsentscheide von **Verwaltungsbehörden des Bundes** können grundsätzlich beim **Bundesverwaltungsgericht** angefochten werden, wobei diese Entscheide – ausser im Falle von Art. 83 BGG – der **Beschwerde beim Bundesgericht** unterliegen. Entscheide von **kantonalen Behörden** können beim kantonalen Verwaltungsgericht angefochten werden, wobei ggf. (im Vorfeld) ein Rekurs an die übergeordnete Verwaltungsbehörde vorgesehen ist. Beschwerdeentscheide von kantonalen Verwaltungsgerichten unterliegen häufig der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das **Bundesgericht**, sofern keine Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht möglich ist. Gegebenenfalls kann auch eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde in Betracht gezogen werden.<sup>252</sup>

**54.** Entscheide des für die Anerkennung von ausländischen Diplomen im Bereich der Osteopathie zuständigen Schweizerischen Roten Kreuzes (Art. 2 Abs. 1 GesBAV) können auf der Grundlage **Art. 33 Bst. h VGG** beim **Bundesverwaltungsgericht** angefochten werden, da das SRK öffentlich-rechtliche Aufgaben des Bundes erfüllt. Somit stellt das Bundesverwaltungsgericht die erste Beschwerdeinstanz dar. Sofern keine Ausnahme im Sinne von Art. 83 BGG vorliegt, steht zudem die **Beschwerdemöglichkeit beim Bundesgericht** (Art. 86 Abs. 1 Bst. a BGG).

In diesem Rahmen kann auch eine Verletzung des FZA geltend gemacht werden. Hingegen besteht kein irgendwie gearteter «internationaler» Rechtsschutz, da das FZA als völkerrechtlicher Vertrag von den Vertragsparteien vollzogen und angewandt wird. Auch mit Inkrafttreten des Entwurfs für ein Institutionelles Abkommen würde sich hieran insofern nichts ändern, als das vorgesehene Streitbeilegungsverfahren ausschliesslich durch die Vertragsparteien in Gang gesetzt werden kann.<sup>253</sup> Hingegen steht es Einzelnen und Verbänden selbstverständlich offen, informell beim SBFI oder bei der Europäischen Kommission vorstellig zu werden, falls sie der Ansicht sind, das SRK beachte das FZA nicht.

---

<sup>250</sup> S. z.B. EuGH, Rs. C-575/1 (Nasiopoulos), ECLI:EU:C:2013:430; EuGH, verb. Rs. C-422/09, C-425/09, C-426/09 (Vandorou), ECLI:EU:C:2010:732.

<sup>251</sup> *Gammenthaler*, Diplomanerkennung, 293 ff. m.w.H.

<sup>252</sup> Zum Ganzen *Gammenthaler*, Diplomanerkennung, 292 f.

<sup>253</sup> Vgl. im Einzelnen zum Streitbeilegungsverfahren im Entwurf des Institutionellen Abkommens *Pirker*, Jusletter vom 3.6.2019; *Cottier*, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2018/2019, 359 ff.



## § 5 Zusammenfassung und Schlussbemerkung

### I. Zusammenfassung

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

- Das **Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU** soll die Freizügigkeit zwischen der Schweiz und der EU auf der Grundlage der in der Union geltenden Bestimmungen verwirklichen. Hierzu werden den Freizügigkeitsberechtigten eine Reihe von **Rechten** eingeräumt.
- Soweit die Voraussetzungen der **unmittelbaren Anwendbarkeit** (Regelung der Rechtsstellung Einzelner, Justiziabilität bzw. hinreichende Bestimmtheit sowie Verpflichtung innerstaatlicher Behörden) gegeben sind, kommt den Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens unmittelbare Wirkung zu, so dass sich (begünstigte) **Einzelne** auf sie berufen können.
- Bestimmungen des **Freizügigkeitsabkommens**, die an **unionsrechtliche Garantien anknüpfen**, sei dies nun wörtlich oder (nur) sinngemäss, sind grundsätzlich in **Anlehnung an die unionsrechtliche Bedeutung** auszulegen.
- 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. Diese **Diskriminierungsverbote** sind an das **Unionsrecht** angelehnt bzw. von diesem übernommen, so dass der Grundsatz der parallelen Auslegung zum Zuge kommt und diesen Vorschriften insoweit **dieselbe Bedeutung** beizumessen ist wie im **Unionsrecht**.
- 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 Dis-**

**kriminierung** 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. Hier kommt der Erforderlichkeit besondere Bedeutung zu: Grundsätzlich haben die Mitgliedstaaten nämlich in anderen Mitgliedstaaten bestehende Vorschriften, Überprüfungen usw. als den nationalen Vorschriften bzw. Anforderungen gleichwertig anzuerkennen (Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung), 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»). 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.

- Für den Bereich der **Osteopathie** bzw. die Frage nach der **Anerkennung ausländischer Ausbildungsnachweise** auf diesem Gebiet in der **Schweiz** kann auf dieser Grundlage Folgendes festgehalten werden:
  - Die **Osteopathie** ist in der Schweiz ein **reglementierter Beruf**, da der Zugang von der Absolvierung einer bestimmten Ausbildung bzw. Berufsqualifikation abhängig gemacht wird.
  - Für die Anerkennung ausländischer Bildungsnachweise kann damit grundsätzlich die **RL 2005/36** zum Zuge kommen, wobei in dem Fall, dass der Beruf im EU-Ausland nicht reglementiert ist, eine Berufspraxis sowie Bestätigung bezüglich der Vorbereitung der absolvierten Ausbildung auf den Beruf nachzuweisen ist. Jedenfalls ist jedoch eine **staatliche oder staatlich anerkannte Ausbildung** – wobei diese Anerkennung auch über eine Akkreditierung erfolgen kann – nachzuweisen. Liegen die Anerkennungsvoraussetzungen der RL 2005/36 vor, ist das entsprechende Diplom anzuerkennen, wobei im Falle wesentlicher Unterschiede in der Ausbildung Ausgleichsmassnahmen angeordnet werden können.
  - Ist die RL 2005/36 nicht anwendbar (z.B. weil die Ausbildung bzw. der Bildungsnachweis nicht staatlich anerkannt ist), kommt der allgemeine **Grundsatz der Nichtdiskriminierung** zum Zuge. Dieser impliziert insbesondere, dass eine umfassende **materielle Gleichwertigkeits- oder Äquivalenzprüfung** vorzunehmen ist, so dass auf der Grundlage des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes geprüft werden muss, ob die vom Antragsteller vorgelegten Diplome bzw. Nachweise oder Berufserfahrungen den für die Zulassung zur Tätigkeit geforderten innerstaatlichen Vorschriften bzw. geforderten Nachweisen entsprechen. Diese Pflicht impliziert insbesondere, dass die Behörde auch bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen für eine Anerkennung nach der RL 2005/36 auf ein entsprechendes **Gesuch eintreten** muss.

## II. Schlussbemerkung

56. Die Anerkennung von Diplomen ist zwar durch die **RL 2005/36** einer **präzisierenden sekundärrechtlichen Regelung** – die auf der Grundlage des Freizügigkeitsabkommens auch für die Schweiz gilt – zugeführt worden. Auf diese Weise wird eine gewisse Rechtssicherheit gewährleistet, und den Mitgliedstaaten kommen relativ genau umrissene Pflichten zu. Allerdings kommen die hier verbindlich vorgesehenen Anerkennungen nur unter gewissen Voraussetzungen zum Zuge, wobei der staatlichen Anerkennung der Abschlüsse zweifellos eine besondere Bedeutung zukommt. Darüber hinaus steht es den Mitgliedstaaten im Rahmen des allgemeinen Anerkennungssystems frei, im Falle wesentlicher Unterschiede (die auf der Grundlage eines Vergleichs der Ausbildungen festgestellt wurden) Ausgleichsmassnahmen anzuordnen. Deutlich wird damit, dass eine Art «automatische Anerkennung» von im Ausland erlangten Berufsqualifikationen gerade nicht vorgesehen ist.

57. Jedenfalls ergibt sich aber auch aus dem **allgemeinen Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit**, dass auf ein Gesuch um Anerkennung der Gleichwertigkeit der Berufsqualifikationen grundsätzlich einzutreten ist, dies im Hinblick auf die Prüfung der Frage, ob die Gesamtheit der Ausbildungsnachweise und Berufserfahrungen derjenigen im Aufnahmestaat ganz oder teilweise entspricht, ein Prinzip, das sich aus dem allgemeinen **Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung** im Binnenmarktrecht ableiten lässt. Ggf. ist damit auch dann auf ein Gesuch einzutreten, wenn die im Sekundärrecht vorgesehenen Voraussetzungen nicht erfüllt sind.

## 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 circulation 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, 14. Aufl., Baden-Baden 2021 (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*: Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, in: Ferdinand Wollenschläger (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 10 (Freizügigkeit), § 15 (im Erscheinen).
- 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/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/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 Jahr 2019 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in Astrid Epiney/Petru Zlatescu (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen 2019/2020, Zürich 2020, 79 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).
- 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 Berufsqualifikationsrichtlinie -, 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](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.

*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).

## Materialien

*Agentur für Qualitätssicherung und Akkreditierung Austria (AQ):* Dokumentation Akkreditierung von Fachhochschul-Einrichtungen und ihren Studiengängen, 2019 (zit.: AQ, Akkreditierung).

*Agentur für Qualitätssicherung und Akkreditierung Austria (AQ):* Richtlinie für die freiwillige Akkreditierung von Lehrgängen der hochschulischen Weiterbildung, 2019 (zit.: AQ, freiwillige Akkreditierung).

*Akademische Kommission Osteopathenvereinigung der Schweiz:* Weissbuch – Regulierung der Osteopathie in der Schweiz ab 2001, Juli 2014. (zit.: Osteopathenvereinigung, Weissbuch).

*Akkreditierungsagentur im Bereich Gesundheit und Soziales:* Bewertungsbericht zum Antrag der fhg – Zentrum für Gesundheitsberufe Tirol GmbH auf Begutachtung und Akkreditierung des Lehrgangs zur Weiterbildung gemäss § 9 FHStG „Osteopathie“ Master of Science in Osteopathie (MSc.Ost.), Beschlussfassung vom 07.05.2015 (zit.: AHPGS, Bewertungsbericht Osteopathie Innsbruck).

Benutzerleitfaden Richtlinie 2005/36/EG, Alles, was Sie über die Anerkennung der Berufsqualifikationen wissen müssen, 66 Fragen 66 Antworten, Ref. Ares(2016)290024 – 20/01/2016 (zit.: Benutzerleitfaden).

*Bundesrat:* Botschaft zum Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe vom 18. November 2015, BBl 2015 8715 ff. (zit.: Botschaft GesBG).

*Bundesamt für Berufsbildung und Technologie (BBT):* Neue europäische Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen RL 2005/36/EG, Erläuternder Bericht (zit.: BBT, Erläuternder Bericht).

*GDK Schweizerische Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren:* Fächer- und Lernzielkatalog für die interkantonale Prüfung für Osteopathinnen und Osteopathen, erlassen vom GDK-Vorstand am 25.1.2007 (zit.: GDK, Fächer- und Lernzielkatalog).

## Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AHPGS	Akkreditierungsagentur für Studiengänge im Bereich Gesundheit und Soziales
Art.	Artikel
AQ Austria	Agentur für Qualitätssicherung und Akkreditierung Austria
BBT	Bundesamt für Berufsbildung und Technologie
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
FHStG	Fachhochschul-Studiengesetz, BGBl. Nr. 340/1993
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
GesBG	Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe, SR 811.21
GesBAV	Verordnung über die Anerkennung ausländischer und die Gleichstellung inländischer Bildungsabschlüsse nach bisherigem Recht in den Gesundheitsberufen nach dem GesBG, SR 811.214
GewArch	Gewerbearchiv
GRCh	Grundrechtecharta
HEdS-FR	Hochschule für Gesundheit Freiburg



Hes-SO	Fachhochschule Westschweiz
HS-QSG	Bundesgesetz über die externe Qualitätssicherung im Hochschulwesen und die Agentur für Qualitätssicherung und Akkreditierung Austria, BGBl. I Nr. 74/2011
IAO	International Academy of Osteopathy
i.e.S.	im engeren Sinne
ISCED	Internationalen Standardklassifikation im Bildungswesen
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
SVO-FSO	Schweizerischer Verband der Osteopathen
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht
UMIT	Die Tiroler Privatuniversität UMIT TIROL
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

- 24 Alberto Achermann / Astrid Epiney / Raffael Gnädinger (Hrsg.);  
Gregor T. Chatton / Thomas von Danwitz / Dieter Freiburghaus  
Migrationsrecht in der Europäischen Union und im Verhältnis Schweiz –  
EU: Die Rechtsprechung des EuGH zum Migrationsrecht, der Arbeitnehmerbegriff und ein Beitrag zum Stand der Beziehungen Schweiz - EU
- 25 Astrid Epiney / Nula Frei  
Zur Reichweite der Kompetenzen des Bundesrates im Rahmen seiner Mitwirkung im Gemischten Ausschuss des Landesverkehrsabkommens
- 26 Astrid Epiney  
La portée de l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité dans l'Accord sur la libre circulation des personnes : questions choisies  
Les allocations familiales et « allocations de logement familial » versées à des personnes domiciliées à l'étranger ainsi que l'admission des enfants de parents frontaliers dans l'enseignement primaire
- 27 Astrid Epiney / Sophia Rovelli  
Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Selektion von Studierenden für ein Medizinstudium
- 28 Astrid Epiney / Livia Matter  
Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens Schweiz – EU (FZA) im Bereich der Diplomanerkennung : unter besonderer Berücksichtigung der Osteopathie

Die genaue Tragweite der primär- und sekundärrechtlichen Vorgaben im Zusammenhang mit der Anerkennung von Berufsqualifikationen und Diplomen wirft in der Praxis immer wieder (mitunter komplexe) Fragen auf und ist auch Gegenstand diverser Urteile des EuGH. Die hier massgeblichen unionsrechtlichen Regelungen sind nach dem Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU im Ergebnis auch für die Schweiz verbindlich.

Die vorliegende Untersuchung soll beleuchtet – ausgehend von einem Überblick über Grundstruktur und Inhalt des FZA, insbesondere soweit die Auslegungsgrundsätze und die Regelung der Diplomanerkennung im Abkommen im Allgemeinen betroffen sind – einerseits die Grundstrukturen der unionsrechtlichen Vorgaben in Bezug auf die Anerkennung von Berufsqualifikationen und Diplomen aufzeigen, bevor andererseits auf die spezifische Frage eingegangen werden soll, welche Pflichten sich hieraus für die Anerkennung eines Diploms in Osteopathie in der Schweiz ergeben, dies unter besonderer Berücksichtigung der Frage, ob und inwieweit in Bezug auf ein diesbezügliches Anerkennungsgesuch eines in Österreich erlangten Diploms eine Pflicht der zuständigen Behörden, auf ein solches Gesuch einzutreten, besteht.

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

**Livia Matter**, MLaw, diplomierte Assistentin, Lehrstuhl für Europarecht, Völkerrecht und öffentliches Recht der Universität Freiburg i.Ue.