

ARBEITEN AUS DEM IURISTISCHEN SEMINAR
DER UNIVERSITÄT FREIBURG SCHWEIZ

Herausgegeben von Peter Gauch

300

NINA GAMMENTHALER

Diplomanerkennung und Freizügigkeit

unter besonderer Berücksichtigung der
Richtlinie über die Anerkennung von
Berufsqualifikationen 2005/36/EG und ihrer
möglichen Umsetzung in der Schweiz

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	IX
Literaturverzeichnis	XIX
Materialienverzeichnis	LXV
Abkürzungsverzeichnis.....	LXXV
Einleitung	1
Kapitel 1 – Diplomanerkennung im Primärrecht	5
A. Primärrechtliche Grundsätze: Grundfreiheiten	5
I. Umfang und einzelne Anwendungsbereiche der Personenverkehrsfreiheiten.....	6
1. Sachlicher Anwendungsbereich der Personenverkehrsfreiheiten.....	8
1.1 Arbeitnehmerbegriff.....	9
1.2 Niederlassungsbegriff.....	13
1.3 Dienstleistungsbegriff	15
1.4 Übergreifende Bedeutung des wirtschaftlichen Charakters der Tätigkeit bei den Begriffsbestimmungen	18
1.5 Abgrenzungsschwierigkeiten	19
a. Abgrenzung zwischen der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit	20
b. Abgrenzung zwischen der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit.....	21
2. Persönlicher Anwendungsbereich der Personenverkehrsfreiheiten.....	23
2.1 Durch die Personenverkehrsfreiheiten Berechtigte	23
2.2 Durch die Personenverkehrsfreiheiten Verpflichtete	25
a. Mitgliedstaaten	25
b. Frage der Bindung Privater an die Grundfreiheiten	25
c. Frage der Bindung der Europäischen Union an die Grundfreiheiten	27
3. Territorialer Anwendungsbereich der Personenverkehrsfreiheiten	28
4. Bereichsausnahmen der Personenverkehrsfreiheiten	29
4.1 Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung.....	29
4.2 Beschäftigung in Verbindung mit der Ausübung öffentlicher Gewalt.....	30
4.3 Möglichkeit weiterer Bereichsausnahmen durch den Erlass von Sekundärrecht.....	32
II. Eingriff in die Personenverkehrsfreiheiten	32
1. Anknüpfungspunkt: Grenzüberschreitender Bezug.....	32
2. Verbotene Diskriminierungen und verbotene Beschränkungen	35
2.1 Allgemeine Entwicklung	35
a. Darstellung der Rechtsprechung	35
b. Ansichten aus der Literatur	39
aa. Terminologische Unsicherheit	39
bb. Herkömmliche Ansicht einer „Beeinträchtigungs-Trias“: unmittelbare Diskriminierung, mittelbare Diskriminierung und Beschränkung.....	39
cc. Tendenzen zur Aufhebung der bekannten Kategorien	40

c. Zwischenergebnis zur Eingriffsdogmatik.....	42
2.2 Limitierte Reichweite des Beschränkungsverbots?	42
a. Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung auf die Personenverkehrsfreiheiten?.....	43
aa. Keck-Rechtsprechung	43
bb. Unterscheidung zwischen Zugangs- und Ausübungsmodalitäten?	45
b. Anwendung einer Spürbarkeitstheorie?.....	48
c. Koordinationsrechtliches Verständnis der Grundfreiheiten?.....	51
d. Zwischenergebnis zur Frage der Einschränkung des Beschränkungsverbots.....	52
3. Eingriffe in die Personenverkehrsfreiheiten im Rahmen mitgliedstaatlicher Diplomanerkennung.....	53
3.1 Diplomerfordernisse als Eingriffe in die Personenverkehrsfreiheiten.....	53
a. Diplomerfordernisse als Diskriminierungen?.....	54
b. Diplomerfordernisse als Beschränkungen?	55
c. Ergebnis.....	55
3.2 Weitere Beschränkungen des freien Berufszuganges.....	56
3.3 Niedrigere Eingriffsschwelle für Diplomerfordernisse im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit?	57
III. Rechtfertigung eines Eingriffs in die Personenverkehrsfreiheiten	58
1. Allgemeine Grundsätze der Rechtfertigung grundfreiheitsbeeinträchtigender Massnahmen	59
1.1 Geschriebene Rechtfertigungsgründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit.....	61
1.2 Zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses	63
a. Rechtsprechung	63
b. Ansichten der Literatur.....	65
c. Stellungnahme	66
1.3 Grenzen der Rechtfertigung grundfreiheitswidriger nationaler Massnahmen.....	67
a. Die Verhältnismässigkeitsprüfung	67
b. Zusätzliche Grenzen der Rechtfertigung?	71
aa. Sekundärrechtliche Regelungen	72
bb. Grundrechte als weitere „Schranken-Schranken“?.....	72
2. Rechtfertigung mitgliedstaatlicher Diplomerfordernisse aus der Sicht der EuGH-Rechtsprechung zum Primärrecht	73
2.1 Prinzip der gegenseitigen Anerkennung.....	74
2.2 Materielle Gleichwertigkeitsprüfung.....	75
a. Gegenstand	79
aa. Ausbildungsnachweise und sonstige berufliche Qualifikationsnachweise	79
bb. Berufserfahrung.....	83
b. Inhalt der Gleichwertigkeitsprüfung.....	85
c. Partielle Anerkennung.....	89
d. Berechtigte und Verpflichtete.....	90
e. Verfahrensrechtliche Anforderungen an die materielle Gleichwertigkeitsprüfung	91

aa. Objektive Prüfung	92
bb. Erfordernis einer Begründung und gerichtliche Kontrolle	93
f. Rechtsfolgen der Anerkennung	94
2.3 Zwischenergebnis zur materiellen Gleichwertigkeitsprüfung im Primärrecht	94
B. Rechtsgrundlagen zum Erlass von Sekundärrecht	96
I. Rechtsgrundlage des Art. 53 AEUV	97
1. Gegenseitige Anerkennung von Diplomen	99
2. Koordinierung	101
II. Abgrenzung zu weiteren Rechtsgrundlagen im Bereich der Diplomanerkennung	102
C. Zusammenfassende Bewertung der primärrechtlichen Bestimmungen zur Diplomanerkennung	105
Kapitel 2 – Sekundärrechtliche Bestimmungen zur Diplomanerkennung	109
A. Verhältnis der primärrechtlichen Grundsätze zu geltendem Sekundärrecht	110
B. Sekundärrechtliche Regelungen vor Inkrafttreten der RL 2005/36/EG	112
I. Kurzer Überblick über das bisherige Richtliniensystem	112
1. Sektorspezifische Richtlinien – Sektorielles System	112
2. Allgemeine Richtlinien – Horizontaler Ansatz	117
3. SLIM-Richtlinie 2001/19/EG	121
II. Sekundärrechtliche Sonderfälle	122
1. Dienstleistungs- und Niederlassungsrichtlinien für Rechtsanwälte	122
1.1 „Diplomanerkennung“ durch die Rechtsanwaltsrichtlinien	122
1.2 Verhältnis zur Berufsqualifikationsanerkennungsrichtlinie	124
2. Sonstige Spezialrichtlinien	126
C. Die neue Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen	127
I. Überblick über den Regelungsinhalt und die Systematik der Richtlinie	128
II. Entstehungsgeschichte	129
III. Rechtsgrundlage der Richtlinie	134
IV. Anwendungsbereich der Richtlinie	136
1. Persönlicher Anwendungsbereich	136
1.1 Staatsangehörige eines Mitgliedstaats	136
1.2 Drittstaatsangehörige	137
1.3 Juristische Personen	139
2. Sachlicher Anwendungsbereich	140
2.1 Reglementierte Berufe	140
a. Reglementierte berufliche Tätigkeit im Sinne der Richtlinie	141
aa. Tätigkeiten nach Art. 3 Abs. 1 lit. a der Richtlinie	141
(i) Art der Tätigkeit	142
(ii) Art der Reglementierung	145
bb. Tätigkeiten nach Anhang I der Richtlinie	147
b. Insbesondere freie Berufe	147
c. Abgrenzungen zu den sekundärrechtlichen Sonderregelungen	149
2.2 Ausübung des reglementierten Berufs	150
2.3 Anerkennungsgegenstand: „Berufsqualifikation“	150

a.	Verschiedene Formen von Nachweisen	151
aa.	Befähigungsnachweise	151
bb.	Ausbildungsnachweise	151
cc.	Berufserfahrung	154
b.	Ausstellungs- respektive Erwerbssort des Diploms	155
2.4	Unterscheidung zwischen akademischer und beruflicher Anerkennung	156
2.5	Grenzüberschreitender Bezug	157
3.	Zeitlicher und territorialer Anwendungsbereich	158
V.	Rechtsfolge: Gegenseitige Anerkennung	158
1.	Verschiedene Anerkennungsarten	158
1.1	Automatische Anerkennung	159
1.2	Allgemeine Anerkennung	159
1.3	„Anerkennung der Anerkennung“	160
1.4	Partielle Anerkennung und partieller Zugang	161
2.	Rechtswirkungen der Anerkennung	163
VI.	Bestimmungen zur Diplomanerkennung im Bereich der Dienstleistungsfreiheit	166
1.	Abgrenzung der Dienstleistung von der Niederlassung	167
2.	Verhältnis der Richtlinie 2005/36/EG zur Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG	171
3.	Erfasste Dienstleistungsarten	175
4.	Grundsätzlich keine Einschränkungen der Dienstleistungserbringung	176
4.1	Voraussetzung 1: Rechtmässige Niederlassung im Niederlassungsmitgliedstaat	176
4.2	Voraussetzung 2: Berufsausübungsnachweis für nicht reglementierte Berufe, freier Zugang für reglementierte Berufe und Berufe mit reglementierter Ausbildung	177
4.3	Ergebnis: Freie Dienstleistungserbringung unter Anwendung der Berufsregeln und Disziplinarvorschriften des Aufnahmemitgliedstaats	178
5.	Zulässige Einschränkungen der Dienstleistungserbringung	179
5.1	Spezifische Vorschriften des Unionsrechts	180
5.2	Vorschriften der Richtlinie 2005/36/EG	180
a.	Meldepflichten	181
aa.	Vorherige Meldung bei erstmaliger Dienstleistungserbringung	182
bb.	Erneuerung der Meldung bei wiederkehrender Dienstleistungserbringung	185
cc.	Formvorschriften bezüglich der zu erbringenden Informationen	185
dd.	Vorabprüfung der Qualifikationen bei reglementierten Berufen, die die öffentliche Gesundheit oder Sicherheit tangieren	186
ee.	Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung der Meldepflichten	189
b.	Zulassung, Eintragung oder Mitgliedschaft bei einer Berufsorganisation	190
aa.	Automatische vorübergehende Eintragung oder Pro-Forma- Mitgliedschaft	190
bb.	Übermittlung der Meldung an die Berufsorganisation	191
c.	Unterrichtung des Dienstleistungsempfängers	191

6. Zwischenergebnis zu den Bestimmungen über die Dienstleistungserbringung	192
VII. Bestimmungen zur Diplomanerkennung im Bereich der Niederlassungsfreiheit	194
1. Allgemeine Regelungen für die Niederlassung	195
1.1 Anwendungsbereich der Bestimmungen	196
1.2 Anerkennungsbedingungen	199
1.3 Qualifikationsniveaus und gleichgestellte Ausbildungsgänge	201
a. Verschiedene Qualifikationsniveaus	201
aa. Qualifikationsniveau 1: allgemeine Schulbildung oder Berufspraxis	201
bb. Qualifikationsniveau 2: Sekundarausbildung.....	202
cc. Qualifikationsniveau 3: mindestens einjährige postsekundäre Ausbildung	203
dd. Qualifikationsniveau 4 und 5: mindestens dreijährige Hochschulausbildung und mindestens vierjährige Hochschulausbildung.....	203
b. Gleichgestellte Ausbildungsgänge	205
c. Verhältnis der Kategorisierung der Richtlinie zum Europäischen Qualifikationsrahmen EQR	205
1.4 Ausgleichsmassnahmen.....	206
a. Zwei Arten von Ausgleichsmassnahmen: Anpassungslehrgang und Eignungsprüfung	207
aa. Anpassungslehrgang	208
bb. Eignungsprüfung	208
b. Grundsatz der Wahlmöglichkeit des Antragstellers und Ausnahmen	209
1.5 Gemeinsame Plattformen	211
a. Erster Schritt: Bestandsaufnahme der einzelstaatlichen Vorschriften.....	212
b. Zweiter Schritt: Erarbeitung der gemeinsamen Plattform.....	213
c. Dritter Schritt: Annahme der Plattform.....	214
d. Ergebnis: Befreiung von Ausgleichsmassnahmen bei Erfüllung der Kriterien der gemeinsamen Plattform	214
2. Anerkennung der Berufserfahrung	216
3. Anerkennung auf der Grundlage der Koordinierung der Mindestanforderungen an die Ausbildung	219
3.1 Allgemeine Bestimmungen	221
a. Grundsatz der automatischen Anerkennung.....	221
b. Erworbene Rechte	223
c. Sonderfälle	224
3.2 Spezifische Bestimmungen bezüglich der Ausbildungen	224
a. Parallelitäten der jeweiligen Berufsarten.....	226
b. Bemerkenswerte Änderungen der Regelungen für die sektoriellen Berufe im Vergleich zum bisherigen System.....	227
4. Formale Anforderungen für die Anerkennung im Bereich der Niederlassungsfreiheit	229
4.1 Unterlagen und Formalitäten	229
4.2 Verfahren.....	231

5. Zwischenergebnis zu den Bestimmungen für die Niederlassung	232
VIII. Begleitregelungen zur Anerkennung von Berufsqualifikationen	233
1. Führen von Berufsbezeichnungen und Ausbildungsbezeichnungen	234
1.1 Berufsbezeichnungen.....	234
a. Für Niedergelassene	234
b. Für Dienstleistungserbringer	235
1.2 Ausbildungsbezeichnungen	236
2. Sprachkenntnisse	237
3. Kassenzulassung.....	239
4. Entrichtung von Gebühren.....	239
5. Zwischenergebnis zu den Begleitregelungen	240
IX. Bestimmungen über die Verwaltungszusammenarbeit.....	241
1. Zuständige Behörden.....	241
1.1 Unterrichtungspflicht und Prüfungspflicht sowie Benennungspflicht und Informationspflicht	241
1.2 Besondere Informationspflichten im Rahmen der Bestimmungen über die Dienstleistungsfreiheit	243
1.3 Einsetzung eines Koordinators und Einrichtung von Kontaktstellen	243
2. Internal Market Information System (IMI).....	245
3. Zwischenergebnis zu den Bestimmungen über die Verwaltungszusammenarbeit.....	246
X. Kompetenzen und Aufgaben der Kommission im Rahmen der Richtlinie.....	247
1. Anpassung der Anhänge durch die Kommission im Komitologieverfahren	247
2. Unterstützender Ausschuss und Konsultationen	249
3. Berichterstattung.....	251
XI. Bisherige Rechtsprechung zur neuen Berufsqualifikationsanerkennungsrichtlinie	251
XII. Unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinie 2005/36/EG?.....	253
D. Zusammenfassende Bewertung der sekundärrechtlichen Bestimmungen der Richtlinie 2005/36/EG	254
I. Stellungnahme zu den einzelnen Vorschriften der Richtlinie 2005/36/EG	255
1. Vorschriften betreffend die Dienstleistungserbringung.....	255
2. Vorschriften betreffend die Niederlassung	257
3. Vorschriften betreffend die Begleitregelungen und die Verwaltungszusammenarbeit.....	259
II. Stellungnahme zur gesamten Richtlinie 2005/36/EG	260
1. Fortschritte gegenüber dem bisherigen System	260
2. Kritikpunkte.....	261
III. Verbleibende Problembereiche und Ausblick	264

Kapitel 3 – Diplomanerkennung gemäss dem

Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz - EU.....	267
A. Grundsätzliches zum Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz - EU unter dem Blickwinkel der Diplomanerkennung	267
I. Zielsetzung des Abkommens	269

II. Anwendungsbereich, Inhalt und Struktur des Abkommens – ein kurzer Überblick	270
III. Rechtsnatur des Abkommens	273
1. Gemischtes sektorielles Assoziierungsabkommen	273
2. Gleichwertigkeit der Gesetzgebungen	274
3. Anwendbarkeit (unmittelbare Geltung/unmittelbare Wirkung)	275
4. Auslegung des Abkommens	279
5. Geltungsdauer	281
IV. Umsetzung des FZA in der Schweiz im Rahmen der Diplomanerkennung	282
1. Rangverhältnis der Bestimmungen des FZA zum schweizerischen Recht	282
2. Zuständigkeiten und Vollzug	283
3. Stellung der Kantone bei der Umsetzung des FZA	285
4. Gemeinsame Institutionen der Vertragsparteien	285
4.1 Gemischter Ausschuss	285
4.2 Sonstige Ausschüsse	287
5. Anerkennungsverfahren	288
6. Rechtsschutz in der Schweiz	290
6.1 Rechtsschutz der Vertragsparteien untereinander	290
6.2 Individualrechtsschutz	291
a. Gegen innerstaatliche Entscheidungen	292
aa. Rechtsweggarantie des FZA	292
bb. Ordentliches Verfahren	292
cc. Unterscheidung nach Art der Reglementierung	293
dd. Diplomanerkennungsrechtliche Besonderheiten	296
b. Gegen Beschlüsse des Gemischten Ausschusses?	297
B. Vorschriften zur Diplomanerkennung im FZA	298
I. Art. 9 FZA	298
II. Anhang III FZA	299
1. Übersicht über den Inhalt von Anhang III	300
2. Kompetenz des Gemischten Ausschusses zur Änderung von Anhang III	302
2.1 Kompetenzen im Aussenverhältnis	303
2.2 Kompetenzen im Innenverhältnis zur Schweiz	305
3. Unterausschuss Diplomanerkennung	306
III. Anwendung weiterer Vorschriften mit Bezug zur Diplomanerkennung	307
1. Vorschriften des FZA	307
1.1 Allgemeines Diskriminierungsverbot (Art. 2 FZA)	309
a. Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots des FZA	310
b. Zur Frage der Inländerdiskriminierung	311
1.2 Personenverkehrsfreiheiten des FZA als Beschränkungsverbote	312
2. Normen mit Bezug zur Diplomanerkennung in anderen internationalen Abkommen	314
2.1 Verhältnis der Regelungen des FZA zu bilateralen und anderen internationalen Abkommen über die Anerkennung von Diplomen	315
2.2 Mit der Anerkennung von Diplomen verbundene europäische Systeme	316
3. Normen des nationalen Rechts	317

C. Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH im Rahmen des FZA.....	318
I. Art. 16 FZA	319
1. Rückgriff auf unionsrechtliche Begriffe und Konzepte.....	320
2. Rechtsprechung des EuGH vor der Unterzeichnung des Abkommens	321
2.1 Wortlaut von Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA	321
2.2 Berücksichtigungspflicht von Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA	322
3. Rechtsprechung des EuGH nach der Unterzeichnung des Abkommens	323
3.1 Wortlaut von Art. 16 Abs. 2 Satz 2 und 3 FZA	323
3.2 Abgrenzung zwischen „alter“ und „neuer“ Rechtsprechung des EuGH	325
3.3 Ergebnis.....	327
4. Praxis des Bundesgerichts	328
5. Kompetenzen des Gemischten Ausschusses bezüglich der neuen EuGH-Rechtsprechung	330
6. Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung durch Mechanismen des autonomen Nachvollzugs	333
7. Zwischenergebnis zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH im Rahmen des FZA	334
II. Freizügigkeitsabkommensrelevante Rechtsprechung des EuGH zur Diplomanerkennung.....	335
1. Übertragung und Anwendung von europarechtlichen Konzepten und Grundsätzen im Bereich der Diplomanerkennung.....	336
1.1 Konzepte und Grundsätze der Rechtsetzung	336
1.2 Konzepte und Grundsätze der Rechtsprechung	337
2. EuGH-Rechtsprechung zur Diplomanerkennung vor der Unterzeichnung des FZA	338
3. EuGH-Rechtsprechung zur Diplomanerkennung nach Unterzeichnung des FZA	338
3.1 Berücksichtigungspflicht bei Fortführung bisheriger Prinzipien.....	338
3.2 Berücksichtigungspflicht bei EuGH-Rechtsprechung zu den Richtlinien, die in Anhang III FZA aufgeführt sind	341
3.3 Keine Berücksichtigungspflicht bei der Einführung neuer Konzepte oder der Weiterführung bestehender Konzepte in vorhersehbarer Weise	345
4. Praxis des Bundesgerichts im Bereich der Diplomanerkennung bezüglich der Übernahme von EuGH-Rechtsprechung.....	347
III. Rechtsprechung zur Diplomanerkennung in der Schweiz	348
1. Bundesgericht	349
1.1 Entscheide vor Inkrafttreten des FZA	349
1.2 Entscheide unter Anwendung des FZA	351
a. Unterscheidung zwischen beruflicher und akademischer Anerkennung	351
b. Unterscheidung reglementierte Ausbildung und reglementierter Beruf	353
c. Zulassung von Ärzten	355
2. Bundesverwaltungsgericht.....	357
2.1 Anwendung der in Anhang III FZA enthaltenen Richtlinien	357
2.2 Zulassung als Revisor	359

2.3 Fälle zum Meistertitel im Augentoptikerhandwerk	360
a. Anwendungsvorrang des Staatsvertrags Schweiz - Deutschland von 1937.....	360
b. Vertrauen in die Aussagen der zuständigen Behörde.....	362
c. Verhängte Ausgleichsmassnahmen nicht erforderlich	363
d. Fazit der Anerkennung des Meistertitels im Augentoptikerhandwerk	363
3. Zwischenergebnis zur Rechtsprechung schweizerischer Gerichte zur Diplomanerkennung	363
D. Zusammenfassende Bewertung der Diplomanerkennungsbestimmungen des FZA.....	364
Kapitel 4 – Die Richtlinie 2005/36/EG und Implikationen für die Schweiz.....	367
A. Ausgangslage.....	367
B. Ausgewählte Problembereiche	373
I. Allgemeine Bemerkungen	374
II. Bestimmungen zur Dienstleistungsfreiheit.....	376
1. Berufe mit Auswirkungen auf die öffentliche Gesundheit oder Sicherheit.....	377
2. Meldeverfahren.....	379
2.1 Ausgestaltung und Inhalt der Meldung	379
2.2 Fristen.....	384
2.3 Formvorschriften	387
III. Bestimmungen zur Niederlassungsfreiheit	388
1. Besonderheiten	389
2. Plattformen	390
IV. Verstärkte Verwaltungszusammenarbeit	391
V. Begleitregelungen	393
VI. Übernahme der EuGH-Rechtsprechung zur Richtlinie 2005/36/EG	395
C. Schlussfolgerungen für die Anwendbarkeit der Richtlinie 2005/36/EG in der Schweiz.....	398
Schlussbemerkungen und Ausblick.....	401
Sachregister.....	403