

# Zur Reichweite der «Sperrwirkung» des Sekundärrechts

Eine Analyse am Beispiel der RL 2005/36

ASTRID EPINEY\*

**Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:**

**Astrid Epiney, Zur Reichweite der «Sperrwirkung» des Sekundärrechts, AJP 2021, 849-862.**

**Es ist möglich, dass diese publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.**

*Nach dem sog. Grundsatz der «Sperrwirkung» des Sekundärrechts können bei der Prüfung der Unionsrechtskonformität nationaler Massnahmen die Grundfreiheiten insoweit nicht herangezogen werden, wie die betreffende Frage abschliessend durch das Sekundärrecht geregelt ist. Dieses in Rechtsprechung und Lehre anerkannte Prinzip wirkt bei seiner Anwendung im Einzelfall mitunter komplexe Fragen auf, die im Wesentlichen die Problematik der Abgeschlossenheit des Sekundärrechts betreffen. Der Beitrag zeigt auf, welche Kriterien hier massgeblich sind, wobei beispielhaft auf die RL 2005/36 und damit die sog. Diplomanerkennung Bezug genommen wird. Da das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU die EU-Regelungen betreffend die Diplomanerkennung im Wesentlichen in den Rahmen des Abkommens überführt hat, ist die Thematik auch für die Schweiz von Bedeutung.*

## I. Einleitung

Die im EU-Recht gewährleisteten Grundfreiheiten sowie Art. 18 AEUV (Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit) kommen nach ständiger Rechtsprechung des EuGH nur unter der Voraussetzung zum Zuge, dass der entsprechende Sachverhalt nicht abschliessend durch Sekundärrecht geregelt ist.<sup>1</sup> Dabei kann die Frage, wie weit die damit einhergehende «Sperrwirkung» des Sekundärrechts geht, schwierige Auslegungsfragen aufwerfen, die insofern von praktischer Bedeutung sein können, als ein Rückgriff auf das Primärrecht im Falle der fehlenden Einschlägigkeit des Sekundärrechts für die Mitgliedstaaten über die sekundärrechtlichen Vorgaben hinausgehende Verpflichtungen mit sich bringen kann.

---

\* ASTRID EPINEY, Professorin und Direktorin am Institut für Europarecht der Universität Freiburg i.Ue. sowie Rektorin der Universität. Der Beitrag geht auf ein Gutachten zurück, das im Auftrag der Vereinigung akademischer OsteopathInnen Schweiz (VaOS) erstellt wurde. Rechtsassessor Robert Mosters sei herzlich für die kritische Durchsicht des Manuskripts gedankt.

<sup>1</sup> Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-431/17 (Monachos Eurinaios), ECLI:EU:C:2019:368; EuGH, verb. Rs. C-58/13, C-59/13 (Torresi), ECLI:EU:C:2014:2088; s. auch schon EuGH, Rs. C-120/95 (Decker), ECLI:EU:C:1995:167.

Ein Bereich, in welchem diese Fragen eine Rolle spielen (können), ist derjenige der Diplomanerkennung: Hier hat der EuGH aus dem Primärrecht zahlreiche Pflichten der Mitgliedstaaten sowohl in materieller als auch in prozeduraler Hinsicht abgeleitet; daneben gibt es aber in diesem Bereich auch Richtlinien, welche entsprechende präzisere Vorgaben enthalten, so insbesondere die RL 2005/36<sup>2</sup>. Ist nun der Anwendungsbereich der RL 2005/36 nicht eröffnet bzw. liegen gewisse Voraussetzungen für die Einschlägigkeit der grundsätzlichen Anerkennungspflicht nicht vor, stellt sich die Frage, ob die Grundfreiheiten (wobei es je nach Fallgestaltung um die Arbeitnehmerfreizügigkeit oder die Dienstleistungs- oder/und Niederlassungsfreiheit, Art. 45, 49, 56 AEUV, geht) oder allenfalls Art. 18 AEUV<sup>3</sup> noch anwendbar sind oder ob hier die erwähnte Sperrwirkung des Sekundärrechts zum Zuge kommt.

Das Freizügigkeitsabkommen (FZA) zwischen der Schweiz und der Europäischen Union<sup>4</sup> übernimmt diese unionsrechtlichen Regelungen betreffend die Diplomanerkennung: Einerseits verweist Anhang III FZA auf die RL 2005/36; andererseits verankern 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 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 – wenn auch nicht zwingend – eine materielle Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit darstellt.<sup>7</sup> Angesichts dieser Übernahme der Regelungen über die Diplomanerkennung in das FZA ist somit davon auszugehen, dass die soeben skizzierten Grundsätze entsprechend auch im

---

<sup>2</sup> RL 2005/36 über die Anerkennung der Berufsqualifikationen, ABl. 2005 L 255, 22. Vgl. zu dieser Richtlinie, m.w.N., ASTRID EPINEY, Zur Diplomanerkennung im Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, Jusletter vom 15.3.2021, N 31 ff.

<sup>3</sup> Welcher aber grundsätzlich nur dann anwendbar ist, wenn keine besonderen Bestimmungen einschlägig sind, zu denen die Personenverkehrsfreiheiten gehören, vgl. z.B. EuGH, Rs. C-591/17 (Österreich/Deutschland), ECLI:EU:C:2019:504; EuGH, Rs. C-703/17 (Krah), ECLI:EU:C:2019:850.

<sup>4</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>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., ASTRID EPINEY, 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, Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, 81 (90 ff.); NICOLAS F. DIEBOLD, Freizügigkeit im Mehrebenensystem: Eine Rechtsvergleichung der Liberalisierungsprinzipien im Binnenmarkt-, Aussenwirtschafts- und Europarecht, Bern 2016, N 789 ff.; CHANTAL DELLI, Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende?: Überlegungen zur Tragweite des Personenfreizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz sowie der EG und ihren Mitgliedstaaten, Basel 2009, 325 ff.

<sup>7</sup> Vgl. aus der Rechtsprechung z.B. EuGH, Rs. C-298/14 (Brouillard), ECLI:EU:C:2015:652. Aus der Literatur z.B. NINA GAMMENTHALER, Diplomanerkennung und Freizügigkeit, Zürich u.a. 2010, 54 ff.; JOEL GÜNTARD, Switzerland and the European Union: The Implications of the Institutional Framework and the Right of Free Movement for the Mutual Recognition of Professional Qualifications, Dissertation, University of Maastricht (zit. nach Manuskript, die Veröffentlichung beim Dike-Verlag ist im Erscheinen). 167. Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass der EuGH häufig nicht zwischen materiellen Diskriminierungen und Beschränkungen unterscheidet bzw. bei Konstellationen, welche eine materielle Diskriminierung darstellen (könnten), von Beschränkungen spricht, was vor dem Hintergrund zu sehen ist, dass sich diese Unterscheidung im Unionsrecht erübrigt. S. insoweit auch noch N 23.

Rahmen des FZA zum Zuge kommen,<sup>8</sup> und Staatsangehörige der Vertragsparteien können sich direkt auf das FZA berufen, um ihre beruflichen Qualifikationen im Hinblick auf eine Erwerbstätigkeit anerkennen zu lassen.<sup>9</sup>

Vor diesem Hintergrund soll der vorliegende Beitrag der Frage nach der Reichweite der «Sperrwirkung» des Sekundärrechts für die RL 2005/36 nachgehen, dies mit einem speziellen Fokus auf der Frage, ob die primärrechtlichen Grundfreiheiten bzw. die Diskriminierungsverbote des FZA auch dann zu beachten sind, wenn die Voraussetzungen für das allgemeine System der Anerkennung nicht vorliegen, insbesondere weil der betreffende Beruf im Herkunftsstaat nicht reglementiert ist. M.a.W. geht es darum, ob die RL 2005/36 insofern abschliessend ausgestaltet ist, als auch für den Fall der fehlenden Anwendbarkeit des (allgemeinen) Systems der RL 2005/36 wegen Fehlens gewisser Voraussetzungen ein Rückgriff auf die Grundfreiheiten bzw. die Diskriminierungsverbote des FZA ausgeschlossen wäre. Ausgangspunkt sind einige allgemeine Ausführungen zu den Kriterien, die für die Frage nach der Reichweite der Abgeschlossenheit einer Regelung entscheidend sind (II.), bevor spezifisch auf die hier besonders interessierende Frage der Reichweite der Abgeschlossenheit der RL 2005/36, soweit die Zulässigkeit des Rückgriffs auf die Grundfreiheiten (bzw. das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit) im Falle des Nichtvorliegens der Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 2 RL 2005/36 betroffen ist, eingegangen wird (III.). Abschliessend werden die wesentlichen Ergebnisse zusammengefasst und ein kurzes Fazit formuliert (IV.).<sup>10</sup>

## II. Zur Reichweite der «Sperrwirkung» des Sekundärrechts: Grundsätze

### 1. Allgemeines

Bevor eine nationale Massnahme am Massstab der Grundfreiheiten (oder des Art. 18 AEUV) geprüft wird (und bevor die Frage nach der Eröffnung des Schutzbereichs der jeweiligen Grundfreiheit relevant wird), ist jeweils zu analysieren, ob die betreffende Frage bereits durch einen Sekundärrechtsakt einer abschliessenden Regelung zugeführt worden ist; wird dies bejaht, ist ausschliesslich auf den Sekundärrechtsakt abzustellen, der freilich primärrechtskonform auszulegen ist.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Zur Parallelität (abgesehen von noch nicht erfolgten Anpassungen des Anhangs III FZA im Zuge von Revisionen der RL 2005/36 auf EU-Ebene) des Rechts der Diplomanerkennung im EU-Recht und im FZA ausführlich EPINEY (FN 2), N 13 ff.; s. auch GÜNTHARDT (FN 7), 151 ff.; MATTHIAS OESCH, Schweiz – Europäische Union. Grundlagen. Bilaterale Abkommen. Autonomer Nachvollzug, Zürich 2020, 104 ff.

<sup>9</sup> BGE 136 II 470 E. 4.1; BGE 133 V 33 E. 9.4.

<sup>10</sup> Verzichtet wird auf eine nochmalige Erörterung der Vorgaben des FZA und der tragenden Grundsätze seiner Auslegung, ebenso wie auf die Darstellung des Systems der Diplomanerkennung nach der RL 2005/36. Hierfür sei auf frühere Untersuchungen hingewiesen. S. insoweit, m.w.N., EPINEY (FN 2).

<sup>11</sup> Grundlegend EuGH, Rs. C-5/77 (Tedeschi), ECLI:EU:C:1977:144; s. sodann aus dem Bereich der Diplomanerkennung EuGH, Rs. C-431/17 (Monachos Eurinaios), ECLI:EU:C:2019:368; EuGH, verb. Rs. C-58/13, C-59/13 (Torresi), ECLI:EU:C:2014:2088; s. weiter EuGH, Rs. C-120/95 (Decker), ECLI:EU:C:1995:167; EuGH, Rs. C-573/12 (Alands Vindkraft), ECLI:EU:C:2014:2037; EuGH, Rs. C-82/09 (Kritis), ECLI:EU:C:2010:220; EuGH, Rs. C-445/06 (Danske Slagterier), ECLI:EU:C:2009:178; EuGH, Rs. C-470/03 (COS.MET), ECLI:EU:C:2007:213; EuGH, Rs. C-322/01 (Doc Morris), ECLI:EU:C:2003:664; EuGH, Rs. C-115/14 (RegioPost), ECLI:EU:C:2015:760.

Der Hintergrund dieses Grundsatzes ist darin zu sehen, dass im Falle der Einschlägigkeit einer sekundärrechtlichen Regelung dem verfolgten Schutzanliegen eben durch diese Rechnung getragen wird und die hier jeweils zentrale Frage danach, welche Instrumente bzw. welche Mittel im Hinblick auf die Erreichung der betreffenden Zielsetzungen einzusetzen sind, durch den Unionsgesetzgeber bereits beantwortet wurde, so dass kein Raum mehr für mitgliedstaatliche Regelungen bleibt.

Deutlich wird damit, dass der Grundsatz der «Sperrwirkung» des Sekundärrechts in engem Zusammenhang mit der Möglichkeit der Rechtfertigung von Eingriffen in die Grundfreiheiten steht: Soweit einem bestimmten öffentlichen Interesse, dessen Verfolgung einen Eingriff in die Grundfreiheiten rechtfertigen kann (wobei es sich um ausdrücklich im Vertrag vorgesehene Ziele, wie z.B. Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit, vgl. Art. 52 Abs. 1 AEUV, oder um ungeschriebene Rechtfertigungsgründe, sog. zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls, handeln kann),<sup>12</sup> bereits durch eine unionsrechtliche Regelung Rechnung getragen wird, soll den Mitgliedstaaten nicht mehr die Möglichkeit eröffnet werden, durch eigene (andere) Instrumente bzw. Massnahmen die betreffenden Zielsetzungen zu verfolgen oder/und andere Schutzmassstäbe zugrunde zu legen,<sup>13</sup> da die betreffenden Rechtsgüter bereits auf Unionsebene bzw. durch die unionsrechtlichen Regelungen geschützt sind, so dass sich ein Schutz durch nationales Recht nicht nur erübrigt,<sup>14</sup> sondern auch die Zielsetzungen der unionsrechtlichen Vorgaben vereiteln könnte.

Diese Grundsätze sind insbesondere im Zusammenhang mit zwei Aspekten zu sehen:

- Erstens impliziert die Beantwortung der Frage nach den angemessenen Mitteln zur Verfolgung eines bestimmten öffentlichen Interesses (z.B. Konsumentenschutz, Umweltschutz oder Gesundheitsschutz) eminent politische Entscheidungen: Es ist z.B. danach zu fragen, welches Schutzniveau gewährleistet werden soll, auf welche Weise

---

<sup>12</sup> Vgl. mit Bezug zur Diplomanerkennung schon EPINEY (FN 2), N 20; ansonsten zum Ganzen, m.w.N., DIRK EHLERS, in: Dirk Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. A., Berlin 2014, § 7; ASTRID EPINEY, in: Roland Bieber/Astrid Epiney/Marcel Haag/Markus Kotzur, Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik, 14. A., Baden-Baden 2021, § 10, N 9 ff.; ANDREAS HARATSCH/CHRISTIAN KÖNIG/MATTHIAS PECHSTEIN, Europarecht, 12. A., Tübingen 2020, N 860 ff.

<sup>13</sup> S. insoweit z.B. die Ausführungen bei WALTER FRENZ, Handbuch Europarecht. Europäische Grundfreiheiten, 2. A., Berlin 2012, N 382 ff., der ausdrücklich auf die «Harmonisierung staatlicher Massnahmen zum Schutz der Güter, die auch als ungeschriebene Rechtfertigungsgründe zur Legitimation von Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten herangezogen werden können», hinweist; ähnlich HERMANN-JOSEF BLANKE/ROBERT BÖTTNER, in: Europarecht. Grundlagen und Politiken der Union, 2. A., Berlin 2020, § 13, N 276 f., 309; HARATSCH/KÖNIG/PECHSTEIN (FN 12), N 863, die ebenfalls darauf hinweisen, dass das Sekundärrecht nicht durch einen Rückgriff auf die (auslegungsbedürftigen) Grundfreiheiten umgangen werden dürfe; s. auch den Hinweis bei EHLERS, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten (FN 12), § 7, N 8, der klarstellt, dass sich das Sekundärrecht nur auf die Rechtfertigung der Beeinträchtigung der jeweiligen Grundfreiheiten beziehe, wobei er auch auf eine nicht ganz klare Formulierung in der Rechtsprechung des EuGH hinweist.

<sup>14</sup> S. insoweit z.B. BLANKE/BÖTTNER, in: Niedobitek, Europarecht (FN 13), § 13, N 309. Im Übrigen kann eine mitgliedstaatliche Massnahme auch dann als nicht erforderlich anzusehen sein, wenn dem Schutzziel bereits durch Sekundärrechtsakte ausreichend Rechnung getragen wird, vgl. z.B. EuGH, Rs. C-267/09 (Kommission/Portugal), ECLI:EU:C:2011:273, N 38 ff. Dieser Grundsatz kommt gerade dann zum Zuge, wenn eine nationale Regelung zwar am Massstab einer Grundfreiheit geprüft wird, jedoch im Rahmen der Erforderlichkeit auf Sekundärrecht Bezug genommen wird. S. z.B. EuGH, Rs. C-158/96 (Kohll), ECLI:EU:C:1998:171: Hier wurde eine Regelung betreffend die Beschränkung der Kostenerstattung für medizinische Dienstleistungen im EU-Ausland deshalb für nicht mit Art. 56 AEUV in Einklang stehend erachtet, weil das damit angestrebte Ziel (Sicherstellung der Qualität der ärztlichen Dienstleistungen und damit Gesundheitsschutz) bereits durch Sekundärrecht verfolgt und das Interesse somit durch unionsrechtliche Vorgaben geschützt sei (konkret wurde auf die Richtlinien betreffend die Anerkennung von ärztlichen Diplomen hingewiesen).

ggf. sonstigen entgegenstehenden Interessen (z.B. die Wirtschaftsfreiheit) Rechnung getragen werden soll, oder die Wirksamkeit der gewählten Massnahme ist zu evaluieren. Häufig wird man mit guten Gründen in Bezug auf diese Fragen im Rahmen der unions- und verfassungsrechtlichen Vorgaben unterschiedliche Ansätze vertreten können. Dann liegt es in der Kompetenz der zuständigen (Legislativ-) Organe, unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte und selbstverständlich unter Wahrung der Vorgaben des höherrangigen Rechts eine politische (Abwägungs-) Entscheidung zu treffen. Soweit die Europäische Union im Rahmen ihrer Kompetenzen auf dem Weg des Sekundärrechts abschliessend entsprechende Entscheidungen gefällt hat, müssen daher diese Anwendung finden. Nur auf diese Weise kann vermieden werden, dass diese politischen Entscheidungen des Unionsgesetzgebers durch einen Rückgriff auf die Grundfreiheiten unterlaufen werden und die Zielsetzungen der solchen Rechtsakten zugrunde liegenden Harmonisierung erreicht werden können.

- Diese Zielsetzungen gehen – zweitens – im Bereich der hier zur Debatte stehenden Grundfreiheiten regelmässig dahin, die aufgrund der Möglichkeit der Mitgliedstaaten, unter bestimmten Voraussetzungen Massnahmen zu erlassen, welche die Grundfreiheiten beschränken, fortbestehenden Hindernisse für die Verwirklichung des Binnenmarktes abzubauen oder zumindest zu verringern. M.a.W. soll über die Ergreifung angemessener Massnahmen zur Verfolgung der angestrebten Ziele des Allgemeinwohls auf Unionsebene den entsprechenden öffentlichen Interessen Rechnung getragen und gleichzeitig sichergestellt werden, dass die Hindernisse für die Verwirklichung des Binnenmarkts dadurch beseitigt werden, dass für alle Marktteilnehmer harmonisierte Vorschriften über den Marktzugang bzw. die Ausübung der betreffenden Aktivitäten gelten.<sup>15</sup> Diese Zielsetzungen würden vereitelt, wenn den Mitgliedstaaten trotz einer abschliessenden unionsrechtlichen Regelung weiterhin die Möglichkeit eröffnet wäre, einen Eingriff in die Grundfreiheiten unter Hinweis auf geschriebene oder ungeschriebene Allgemeinwohlinteressen zu rechtfertigen.

Damit geht es bei der «Sperrwirkung» oder dem «Vorrang» des Sekundärrechts letztlich nicht primär um die Frage des Verhältnisses *lex specialis* – *lex generalis*, sondern in erster Linie um die Auslegung und Tragweite des Sekundärrechts im Verhältnis zu den primärrechtlichen Grundfreiheiten, eine komplexe Thematik,<sup>16</sup> welche durch den Grundsatz *lex specialis* vor *lex generalis* nicht erfasst werden kann.

Dass es hier somit letztlich um komplexere Fragen geht als die «simple» Anwendung des Grundsatzes *lex specialis* vor *lex generalis* wird in der Rechtsprechung auch dadurch illustriert, dass der Gerichtshof mitunter die einschlägige Grundfreiheit und das sie konkretisierende Sekundärrecht parallel heranzieht.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Vgl. insoweit zu diesen regelmässig bestehenden «doppelten» Zielsetzungen von Sekundärrechtsakten, die der Verwirklichung des Binnenmarktes dienen (und in der Regel auf Art. 114 Abs. 1 AEUV oder spezifische Vorschriften, wie z.B. Art. 53 AEUV für den Bereich der Diplomanerkennung, gestützt werden) EuGH, Rs. C-358/14 (Polen/EP und Rat), ECLI:EU:C:2016:323; EuGH, Rs. C-477/14 (Pillbox), ECLI:EU:C:2016:324; EuGH, Rs. C-398/13 P (Inuit/Kommission), ECLI:EU:C:2015:535.

<sup>16</sup> S. insoweit auch die monographischen Auseinandersetzungen bei ANDREAS FURRER, Die Sperrwirkung des sekundären Gemeinschaftsrechts auf die nationalen Rechtsordnungen – Die Grenzen des nationalen Gestaltungsspielraums durch sekundärrechtliche Vorgaben unter besonderer Berücksichtigung des „nationalen Alleingangs“, Baden-Baden 1994, *passim*; JÜRGEN P. SCHLÖSSER, Die Sperrwirkung sekundären Gemeinschaftsrechts, Baden-Baden 2002, *passim*, welche die Rechtsprechung des EuGH im Einzelnen analysieren und Anhaltspunkte bzw. Kriterien (und Prüfungsschemata) für die Beantwortung der Frage nach der Abgeschlossenheit einer sekundärrechtlichen Regelung entwickeln.

<sup>17</sup> S. z.B. im Zusammenhang mit einer Ausweisung aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit EuGH, verb. Rs. C-482/01, C-493/01 (Orfanopoulos), ECLI:EU:C:2004:262; aus dem Bereich des freien

Zu beachten ist insoweit immer auch, dass die «Sperrwirkung» oder die «vorrangige» Anwendung des Sekundärrechts nichts an der Normenhierarchie des Unionsrechts ändert.<sup>18</sup> Das Primärrecht ist jedenfalls höherrangig, so dass die Frage nach der genauen Tragweite und der Reichweite der Abgeschlossenheit einer sekundärrechtlichen Regelung auch unter Berücksichtigung der Grundfreiheiten zu beantworten ist und die (notwendigerweise primärrechtskonforme) Auslegung nicht so erfolgen darf, dass die grundlegenden Entscheidungen der Grundfreiheiten unterlaufen werden. Deutlich wird damit auch, dass das Sekundärrecht das Primärrecht letztlich nur konkretisieren, nicht «aushebeln» kann.<sup>19</sup> Insbesondere kann bzw. darf eine sekundärrechtliche Regelung nicht dazu führen bzw. so ausgelegt werden, dass über die im Primärrecht vorgesehenen Bereichsausnahmen (vgl. insbesondere Art. 51 AEUV in Bezug auf die Ausübung öffentlicher Gewalt) hinaus im Ergebnis weitere Bereichsausnahmen in dem Sinn geschaffen werden, dass mitgliedstaatliche Massnahmen betreffend bestimmte Regelungsbereiche weder am Massstab der Grundfreiheiten selbst (weil diese wegen der «vorrangigen» Anwendung des Sekundärrechts nicht zum Zuge kommen sollen) noch an demjenigen des die Grundfreiheiten konkretisierenden Sekundärrechts selbst (weil dieses die Konstellation als solche nicht erfasst bzw. gewisse Anwendungsvoraussetzungen nicht vorliegen) geprüft werden können; dies gilt zumindest insoweit, als auf diese Weise z.B. Diskriminierungen von vornherein von jeglicher Prüfung der Unionsrechtskonformität ausgeschlossen wären. Eine solche Ausgestaltung bzw. Auslegung des Sekundärrechts führte nämlich letztlich zur Aushebung der zentralen Vorgaben der Grundfreiheiten, was schon aufgrund des Vorrangs des Primärrechts unzulässig ist. Dieser Aspekt ist dann auch bei der Auslegung des Sekundärrechts bzw. der Frage nach der Abgeschlossenheit der sekundärrechtlichen Regelung zu berücksichtigen.

## 2. *Zum Vorliegen einer abschliessenden unionsrechtlichen Regelung*<sup>20</sup>

Die bisherigen Ausführungen lassen erkennen, dass die Beantwortung der Frage, ob ein bestimmter Sekundärrechtsakt in Bezug auf die konkret zur Debatte stehende nationale Regelung als abschliessend anzusehen ist, mitunter Schwierigkeiten bereiten kann, insbesondere wenn es um nicht ausdrücklich in einem Sekundärrechtsakt aufgeführte Elemente geht. Massgeblich ist hier – wie erwähnt<sup>21</sup> – letztlich die Auslegung des Sekundärrechts, die in jedem Einzelfall unter gebührender Berücksichtigung der vorstehend<sup>22</sup> skizzierten Grundsätze vorzunehmen ist.

Regt das Unionsrecht z.B. nur die Ergreifung bestimmter Massnahmen an oder lässt es die Frage offen, ob bestimmte Massnahmen getroffen werden müssen, liegt keine erschöpfende

---

Warenverkehrs im Zusammenhang mit der Staatshaftung EuGH, Rs. C-445/06 (Danske Slagterier), ECLI:EU:C:2009:178.

<sup>18</sup> Deutlich insoweit auch z.B. HARATSCH/KÖNIG/PECHSTEIN, *Europarecht* (FN 12), N 863.

<sup>19</sup> Ganz allgemein ist in diesem Zusammenhang daran zu erinnern, dass die Grundfreiheiten nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch den Unionsgesetzgeber verpflichten, vgl. nur EuGH, Rs. C-59/11 (Association Kokopelli), ECLI:EU:C:2012:447, N 80. Aus der Literatur instruktiv HERBERT ROSENFELDT/AIKE WÜRDEMANN, *Schöpfer des Binnenmarktes im Käfig der Verträge – Die grundfreiheitliche Bindung des EU-Gesetzgebers*, EuR 2016, 453 ff.

<sup>20</sup> Die nachfolgenden Ausführungen zu den für die Abgeschlossenheit einer Regelung massgeblichen allgemeinen Kriterien greifen in einigen wenigen Teilen bzw. Formulierungen auf bereits von der Verfasserin durchgeführte Untersuchungen zurück, die aufgegriffen werden, vgl. insbesondere ASTRID EPINEY, *Umweltrecht der Europäischen Union*, 4. A., Baden-Baden 2019, 5. Kap., N 65 ff.

<sup>21</sup> II.1.

<sup>22</sup> II.1.

Regelung der entsprechenden Frage durch das Unionsrecht vor.<sup>23</sup> Zusammenfassend dürfte der EuGH hier entscheidend auf den Umfang der getroffenen Regelungen abstellen, so dass bei der Frage, ob eine abschliessende unionsrechtliche Rechtsetzung vorliegt, sowohl die Regelungsreichweite als auch die Regelungstiefe in die Betrachtungen einzubeziehen sind. Damit ist auch der Zweck der jeweiligen Regelung für die Ermittlung ihrer «Sperrwirkung» von Bedeutung.

In diesem Sinn sind der Rechtsprechung des EuGH gewisse «typisierende» Kriterien insbesondere in Bezug auf die häufig entscheidende Regelungsdichte (im Sinne der Regelungsreichweite und der Regelungstiefe und unter Berücksichtigung der Zielsetzungen eines Rechtsakts) zu entnehmen, wobei in erster Linie folgende Aspekte von Bedeutung sind:<sup>24</sup>

- Erstens ist danach zu fragen, ob der betreffende Unionsrechtsakt (nur) Mindestvorschriften enthält, was sich in der Regel bereits aus dem Wortlaut des jeweiligen Rechtsakts ergibt. Ist diese Frage zu bejahen, können die Mitgliedstaaten in Bezug auf die betreffenden Fragestellungen strengere Regelungen vorsehen, so dass insoweit keine abschliessende Regelung vorliegt. Die Kompetenzen der Mitgliedstaaten z.B. zur Anlegung eines höheren Schutzniveaus im Hinblick auf den Schutz bestimmter Rechtsgüter ergeben sich hier schon direkt aus diesen Bestimmungen, so dass sich ein Rückgriff auf primärrechtliche Vorschriften erübrigt. Letztlich erstreckt sich hier die Sperrwirkung des Sekundärrechts von vornherein nur auf die Unterschreitung des in dem betreffenden Rechtsakt festgelegten Standards. Über diese hinausgehende mitgliedstaatliche Massnahmen sind dann selbstredend an den Grundfreiheiten und sonstigen primärrechtlichen Vorgaben zu messen.
- Zweitens sind die Anwendungsbereiche der EU-Regelungen und der nationalen Regelungen zu vergleichen: Stimmen diese nicht überein, kann es sein, dass sich die Vorgaben des Unionsrechtsakts gar nicht auf die auf mitgliedstaatlicher Ebene geregelte Frage beziehen.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Vgl. insoweit auch die Kategorisierung verschiedener Vorgaben des Sekundärrechts bei GERD WINTER, Naturschutz bei der Ausbringung von gentechnisch veränderten Organismen (Teil 2), NuR 2007, 635 (638); s. auch die Ausführungen mit zahlreichen Beispielen aus der Rechtsprechung bei JAN H. JANS/HANS H.B. VEDDER, *European Environmental Law*, 4. A., Groningen 2012, 98 ff.

<sup>24</sup> Vgl. insoweit bereits die Ausführungen bei ASTRID EPINEY/DAVID FURGER/JENNIFER HEUCK, *Zur Berücksichtigung umweltpolitischer Belange bei der landwirtschaftlichen Produktion in der EU und in der Schweiz. Ein Vergleich unter besonderer Berücksichtigung der Implikationen eines Freihandelsabkommens im Agrar- und Lebensmittelbereich*, Zürich 2009, 27 ff.; s. aus der Rechtsprechung insbesondere EuGH, Rs. C-125/88 (Nijman), ECLI:EU:C:1989:401, N 6 f.; EuGH, Rs. C-359/88 (Zanetti), ECLI:EU:C:1990:148, N 16 f.; EuGH, Rs. C-238/89 (Pall), ECLI:EU:C:1990:473, N 22; EuGH, Rs. C-11/92 (Gallaher), ECLI:EU:C:1993:262, N 11 ff.; EuGH, Rs. C-473/98 (Toolex Alpha), ECLI:EU:C:2000:379; EuGH, Rs. C-1/96 (Compassion in World Farming), ECLI:EU:C:1998:113, N 56 ff.; EuGH, Rs. C-169/89 (Gourmetterie van den Burg), ECLI:EU:C:1990:227, N 9 ff.; EuGH, Rs. C-380/87 (Enichem Base), ECLI:EU:C:1989:318; EuGH, Rs. C-127/97 (Burstein), ECLI:EU:C:1998:456; EuGH, Rs. C-82/09 (Kritis), ECLI:EU:C:2010:220; aus der Literatur umfassend zum Problemkreis FURRER, *Sperrwirkung des sekundären Gemeinschaftsrechts* (FN 16), *passim*; SCHLÖSSER, *Sperrwirkung sekundären Gemeinschaftsrechts* (FN 16), *passim*; zusammenfassend zu den Kriterien auch FRENZ, *Grundfreiheiten* (FN 13), N 383 f.

<sup>25</sup> Darüber hinaus muss der Unionsrechtsakt aber auch in zeitlicher Hinsicht anwendbar sein, vgl. in diesem Zusammenhang EuGH, Rs. C-378/08 (Raffinerie Mediterranée), ECLI:EU:C:2010:126, wo der EuGH betonte, dass die Umwelthaftungsrichtlinie (RL 2004/35) nicht auf vor Ablauf der Umsetzungsfrist verursachte Schäden anwendbar sei.

So hielt der EuGH z.B. in der Rs. C-313/01<sup>26</sup> fest, die RL 98/5<sup>27</sup> betreffe nur «voll qualifizierte» Rechtsanwälte, so dass sie keine Anwendung auf Personen finde, die noch nicht diese berufliche Befähigung (sondern z.B. «nur» eine «maîtrise en droit») erworben haben, um den Rechtsanwaltsberuf auszuüben. Er prüfte die in Frage stehenden Regelungen betreffend die Voraussetzungen des Zugangs zur Tätigkeit des Rechtspraktikanten anschliessend anhand der Art. 45, 49 AEUV.

Da Titel II der RL 2005/36<sup>28</sup> nach Art. 5 Abs. 2 RL 2005/36 für grenzüberschreitende Dienstleistungen nur soweit Anwendung findet, wie sich der Dienstleister in den Aufnahmemitgliedstaat begibt, sei die RL 2005/36 nicht auf Korrespondenzdienstleistungen anwendbar, so der Gerichtshof in der Rs. C-342/14<sup>29</sup>. Er zog daher Art. 56 AEUV heran.

Ganz allgemein ist die RL 2005/36 nur anwendbar, wenn es um den Zugang zu einem im Aufnahmemitgliedstaat reglementierten Beruf geht (Art. 2 Abs. 1 RL 2005/36). Soweit es also nicht um einen reglementierten Beruf geht, ist der Anwendungsbereich der RL 2005/36 von vornherein nicht eröffnet, und die entsprechenden Regelungen sind anhand der Grundfreiheiten zu beurteilen.<sup>30</sup>

- Drittens ist nach der Abgeschlossenheit der Massnahme der Europäischen Union i.e.S. zu fragen. Diese wird regelmässig immer dann relevant, wenn bestimmte Produkte, Stoffe oder Tätigkeiten einer bestimmten Regelung unterworfen werden, womit die Frage aufgeworfen wird, ob auch weitere, nicht im Unionsrechtsakt aufgeführte Produkte oder Tätigkeiten derselben Regelung unterworfen werden können, was häufig bejaht werden kann,<sup>31</sup> so dass insoweit der Kreis der verbotenen Produkte oder Aktivitäten gerade nicht abschliessend umschrieben ist.<sup>32</sup> In diesem Zusammenhang ist

---

<sup>26</sup> EuGH, Rs. C-313/01 (Morgenbesser), ECLI:EU:C:2003:612.

<sup>27</sup> 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>28</sup> RL 2005/36 über die Anerkennung der Berufsqualifikationen, ABl. 2005 L 255, 22.

<sup>29</sup> EuGH, Rs. C-342/14 (X-Steuerberatungsgesellschaft), ECLI:EU:C:2015:827.

<sup>30</sup> Vgl. für ein Beispiel EuGH, Rs. C-298/14 (Brouillard), ECLI:EU:C:2015:652. Ausführlich zum Anwendungsbereich der RL 2005/36 GÜNTHARDT (FN 7), 197 ff.

<sup>31</sup> Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-473/98 (Toolex Alpha), ECLI:EU:C:2000:379, wo der EuGH in Bezug auf eine Stoffliste, deren Verwendung beschränkt wird, nicht von der Abgeschlossenheit der Liste ausgeht, so dass eine Verwendungsbeschränkung auch für weitere Stoffe auf mitgliedstaatlicher Ebene in Betracht komme, ebensowenig folge aus der Harmonisierung von Vorgaben für die Verpackung, Klassifizierung und Etikettierung bestimmter Stoffe, dass damit die Voraussetzungen für ihr Inverkehrbringen auch geregelt seien. Vgl. auch die (teilweise) parallel gelagerten Konstellationen in EuGH, Rs. C-125/88 (Nijman), ECLI:EU:C:1989:401; EuGH, Rs. C-380/87 (Enichem Base), ECLI:EU:C:1989:318; EuGH, Rs. C-127/97 (Burstein), ECLI:EU:C:1998:456. S. sodann EuGH, Rs. C-169/89 (Gourmetterie van den Burg), ECLI:EU:C:1990:227, wo der Gerichtshof in Bezug auf den Schutz wildlebender Vogelarten zum Schluss kam, dass der Schutz der erfassten Vogelarten durch die sog. Vogelschutzrichtlinie (heute RL 2009/147) abschliessend geregelt sei. In EuGH, Rs. C-309/02 (Radlberger), ECLI:EU:C:2004:799, hielt der Gerichtshof fest, dass das in Deutschland vorgesehene Pfandsystem nicht von der sog. Verpackungsrichtlinie (RL 94/62) erfasst sei, da diese die Frage der Vermeidung von Verpackungen nicht abschliessend regle.

<sup>32</sup> S. insoweit auch EuGH, Rs. C-573/12 (Alands Vindkraft), ECLI:EU:C:2014:2037: Hier ging es um eine schwedische Regelung, wonach sog. Stromzertifikate lediglich an Betreiber von im Inland gelegenen Erzeugungsanlagen erneuerbarer Energien verteilt werden können. Diese Zertifikate ermöglichen durch ihren Verkauf zusätzliche Einnahmen beim Stromverkauf und erlauben es Stromversorgern und bestimmten Letztverbrauchern, die Erfüllung ihrer Verpflichtung, eine bestimmte Ökostromquote aufzuweisen, nachzuweisen. Der EuGH erachtete die RL 2009/28 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen als nicht einschlägig: Denn die als Förderregelung im Sinne der RL 2009/28 anzusehende Regelung diene letztlich der Erfüllung der jeweiligen nationalen Gesamtziele, die ihrerseits wiederum durch die Richtlinie vorgegeben seien, so dass es den Mitgliedstaaten freistehen müsse, ob und inwieweit ihre nationalen Förderregelungen auch für in anderen Mitgliedstaaten erzeugte grüne Energie gelten. Im Übrigen enthalte die RL 2009/28 keine abschliessende Harmonisierung der nationalen Regelungen zur Förderung der Erzeugung grüner Energie, da sie davon ausgehe, dass die Mitgliedstaaten verschiedene Förderregelungen anwenden können, ganz abgesehen davon, dass die Richtlinie auch nicht die Merkmale der allenfalls harmonisierten Fördersysteme präzisiere.

auch das Ziel der relevanten nationalen und unionsrechtlichen Vorgaben zu beachten: So kann das Vorliegen einer abschliessenden Regelung auch dann zu verneinen sein, wenn die nationale Vorschrift gänzlich andere Zielsetzungen als die möglicherweise einschlägige Unionsregelung verfolgt.<sup>33</sup>

Dies kann z.B. dann anzunehmen sein, wenn unionsrechtliche Vorgaben zwar Freiverkehrsklauseln für Produkte unter bestimmten Voraussetzungen vorsehen, die Verwendung dieser Produkte im nationalen Recht aber gleichwohl aus bestimmten Gründen eingeschränkt wird oder werden soll (wobei sich hier im Vorfeld schon die Frage stellt, ob durch die Freiverkehrsklauseln auch umfassend die Verwendung von Produkten geregelt wird).<sup>34</sup>

Auch soweit eine unionsrechtliche Regelung – wie die RL 96/71 (Entsenderichtlinie)<sup>35</sup> – lediglich der Koordinierung der nationalen materiellen Regelungen über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen dient, während sie nicht die verwaltungsrechtlichen Nebenbestimmungen betrifft, welche die Überwachung dieser Bedingungen sicherstellen sollen, liegt in Bezug auf letztere keine abschliessende sekundärrechtliche Regelung vor.<sup>36</sup>

Die RL 2005/36 regelt nach der Rechtsprechung des EuGH lediglich die für die Ausübung des betreffenden reglementierten Berufs verlangten Qualifikationen, nicht jedoch die sonstigen Bedingungen für die Ausübung des Berufs; insoweit sind die Vorgaben der Grundfreiheiten zu beachten.<sup>37</sup> Daher sei eine Regelung, wonach der Beruf des Zahntechnikers nur unter Mitwirkung eines Zahnarztes ausgeübt werden darf, nicht am Massstab der RL 2005/36 zu messen (gehe es doch um eine Art Berufsausübungsregel, nicht jedoch um die für den Zugang zu dem Beruf erforderlichen Qualifikationen). Zu beachten seien aber die Grundfreiheiten (hier Art. 49 AEUV).<sup>38</sup> Ebenso seien Standesregeln, die z.B. die Höhe von Honoraren betreffen oder/und bestimmte Formen der Werbung verbieten, nicht vom sachlichen Anwendungsbereich der RL 2005/36 erfasst, sondern am Massstab der Grundfreiheiten zu messen.<sup>39</sup>

- Viertens ist eine abgeschlossene Regelung in aller Regel immer dann zu verneinen, wenn der Schutz des betreffenden Rechtsguts nur teilweise und nicht umfassend geregelt ist.<sup>40</sup>

---

<sup>33</sup> Vgl. schon EuGH, verb. Rs. C-141-143/81 (Holdijk), ECLI:EU:C:1982:122. Mitunter ist auch aus den unionsrechtlichen Vorgaben klar eine Beschränkung gewisser Richtlinienbestimmungen auf Massnahmen zur Verfolgung bestimmter Zielsetzungen ersichtlich, vgl. hierzu, m.w.N., JANS/VEDDER, *European Environmental Law* (FN 23), 101 ff. S. aus der neueren Rechtsprechung EuGH, Rs. C-472/14 (Canadian Oil Company), ECLI:EU:C:2016:171, wo der Gerichtshof die Abgeschlossenheit der Registrierungspflicht nach der VO 1907/2006 (REACH-Verordnung) verneinte, soweit die (zusätzliche) nationale Registrierungspflicht nicht eine Voraussetzung für das Inverkehrbringen des Stoffes ist, sie sich auf andere Angaben als diejenigen, die in der Verordnung vorgesehen sind, bezieht, und zur Erreichung der Ziele der Verordnung (namentlich ein hohes Umweltschutz- und Gesundheitsschutzniveau sowie die Verwirklichung des Binnenmarkts) beiträgt. S. sodann EuGH, Rs. C-251/14 (György Balazs), ECLI:EU:C:2015:687 (Vereinbarkeit strengerer Qualitätsanforderungen an Dieselmotoren mit der RL 98/70, da es sich nicht um eine auf Gesundheits- und Umweltaspekten beruhende technische Spezifikation im Sinne der Richtlinie handle).

<sup>34</sup> Hierzu im Zusammenhang mit GVO-freien Zonen ASTRID EPINEY/BERNHARD WALDMANN/MAGNUS OESCHGER/JENNIFER HEUCK, *Die Ausscheidung von gentechnikfreien Gebieten in der Schweiz de lege lata et de lege ferenda*. Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in der EU, Zürich 2011, 48 ff.

<sup>35</sup> RL 96/71 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997 L 18, 1.

<sup>36</sup> EuGH, Rs. C-315/13 (De Clercq), ECLI:EU:C:2014:2408; EuGH, Rs. C-64/18 u.a. (Maksimovic), ECLI:EU:C:2019:723. Ähnlich in Bezug auf die RL 2006/123 (Dienstleistungsrichtlinie) EuGH, Rs. C-33/17 (Cepelnik), ECLI:EU:C:2018:896.

<sup>37</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>38</sup> EuGH, Rs. C-125/16 (Malta Dental Technologists Association), ECLI:EU:C:2017:707.

<sup>39</sup> EuGH, Rs. C-475/11 (Konstantinides), ECLI:EU:C:2013:542.

<sup>40</sup> S. z.B. EuGH, Rs. C-1/96 (Compassion in World Farming), ECLI:EU:C:1998:113; EuGH, Rs. C-320/93 (Ortscheit), ECLI:EU:C:1994:379.

- Auf der anderen Seite ist – fünftens – zu eruieren, ob die nationale Massnahme das Ziel des jeweiligen Unionsakts vereiteln könnte. So dürfte z.B. bei durch die Europäische Union vorgesehenen Zulassungssystemen (für Produkte oder berufliche Tätigkeiten) die Zielsetzung dieser Systeme gefährdet werden, wenn die Mitgliedstaaten über die im Sekundärrecht vorgesehenen Anforderungen hinaus weitere Voraussetzungen oder zusätzliche Zulassungssysteme vorsehen. Auch dürften die Vermarktungsmöglichkeit von in anderen Mitgliedstaaten zugelassenen Produkten oder die unionsweit geregelten Anforderungen an die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit in der Regel als abschliessend geregelt anzusehen sein, könnte doch ansonsten die Zielsetzung der Förderung der Verwirklichung des Binnenmarktes vereitelt werden.<sup>41</sup> Allerdings bedeutet dies nicht zwingend, dass auch andere Aspekte, z.B. betreffend die Modalitäten der Vermarktung oder die Berufsausübung, von der abschliessenden Harmonisierung, erfasst sind.<sup>42</sup>

Diese Grundsätze können an dem im vorliegenden Beitrag im Vordergrund stehenden Bereich der Diplomanerkennung und der diesbezüglichen Rechtsprechung des EuGH beispielhaft aufgezeigt werden:

- Die RL 98/5<sup>43</sup> ermöglicht für in einem Mitgliedstaat bei der dort zuständigen Stelle eingetragene Rechtsanwälte, nach Vorlage einer Bescheinigung über diese Eintragung in einem anderen Mitgliedstaat unter der ursprünglichen Berufsbezeichnung tätig zu sein (vgl. Art. 3 Abs. 2 RL 98/5). Damit nimmt die RL 98/5 in Bezug auf die Zulassungsvoraussetzungen nach der Rechtsprechung<sup>44</sup> eine vollständige Harmonisierung vor, so dass das Vorlegen der erwähnten Bescheinigung die einzige Voraussetzung für die Eintragung im Aufnahmestaat darstellt. Daher dürfe ein Mitgliedstaat – so der EuGH in der Rs. C-431/17<sup>45</sup> – einem Rechtsanwalt, der in einem anderen Mitgliedstaat die Rechtsanwaltsqualifikation erworben hat, nicht allein deswegen die Eintragung in das Rechtsanwaltsregister verweigern, weil er Mönch ist, liefe eine solche Voraussetzung doch darauf hinaus, eine zusätzliche Eintragungsvoraussetzung vorzusehen, was nicht mit dem abschliessenden Charakter des Art. 3 Abs. 2 RL 98/5 in Einklang stehe. Hieran ändere auch der Umstand nichts, dass die Eigenschaft als Mönch möglicherweise mit gewissen Berufs- und Ständeregeln in Konflikt geraten könne. Denn es sei zwischen der Eintragung in das Rechtsanwaltsregister und der Ausübung des Berufs zu unterscheiden; in Bezug auf letztere könnten die Mitgliedstaaten aufgrund fehlender Harmonisierung durchaus Vorgaben vorsehen (unter Einschluss von Sanktionen im Falle von deren Nichteinhaltung, die auch die Streichung aus dem Register einschliessen dürften). Konkret dürfe ein Mitgliedstaat gewisse Garantien für das Nichtvorhandensein von Interessenskonflikten und die Unabhängigkeit verlangen, wobei die ergriffenen Massnahmen dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung tragen müssten.
- Ebenso stelle das in der RL 2005/36 vorgesehene System der «automatischen Anerkennung» ausländischer Berufsqualifikationen für den Zugang zu reglementierten Berufen<sup>46</sup> in Bezug auf die in der RL 2005/36 geregelten Anforderungen eine abschliessende Regelung dar, so dass die Mitgliedstaaten keine zusätzlichen Anforderungen für den Zugang zu dem betreffenden Beruf verlangen können.<sup>47</sup>
- Das sog. allgemeine System der Anerkennung von beruflichen Qualifikationen gemäss Art. 10 ff. RL 2005/36 sieht die Anerkennung von Ausbildungsnachweisen für sog. reglementierte Berufe (also

<sup>41</sup> Auf der anderen Seite wird die Abgeschlossenheit einer Massnahme unter diesem Gesichtspunkt z.B. im Bereich des Naturschutzes häufig dann zu verneinen sein, wenn es um den gebietsbezogenen Schutz von Fauna und Flora geht, da (im Verhältnis zur Unionsregelung) weitere nationale Massnahmen die Zielsetzung des Unionsrechtsakts in der Regel nicht beeinträchtigen werden. So geht der EuGH davon aus, dass die VO 2152/2003 für das Monitoring von Wäldern und Umweltwechselwirkungen (ABl. 2003 L 324, 1) keine vollständige Harmonisierung aller Aktivitäten zur Bewirtschaftung der Waldflächen vornehmen wolle, vgl. EuGH, Rs. C-82/09 (Kritis), ECLI:EU:C:2010:220.

<sup>42</sup> S. insoweit auch schon soeben im Text.

<sup>43</sup> 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>44</sup> EuGH, verb. Rs. C-58/13, C-59/13 (Torresi), ECLI:EU:C:2014:2088.

<sup>45</sup> EuGH, Rs. C-431/17 (Monachos Eurinaios), ECLI:EU:C:2019:368.

<sup>46</sup> Zu diesem System, m.w.N., EPINEY (FN 2), N 37.

<sup>47</sup> EuGH, Rs. C-365/13 (Ordre des architectes), ECLI:EU:C:2014:280.

solche, deren Ausübung einer angemessenen Ausbildung zum Erwerb einer beruflichen Qualifikation und eines spezifischen Ausbildungsnachweises bedarf) vor, so dass die Ausübung eines solchen Berufs unter denselben Voraussetzungen wie Inländern zu gestatten ist, soweit die Betroffenen einen Befähigungs- oder Ausbildungsnachweis nach Art. 11 RL 2005/36 besitzen, den die zuständige Behörde eines anderen Mitgliedstaats hierfür ausgestellt hat (Art. 13 Abs. 1 RL 2005/36). Allerdings dürfen die Mitgliedstaaten nach Art. 14 Abs. 1 RL 2005/36 Ausgleichsmassnahmen für den Fall vorsehen, dass sich die Ausbildung in einem anderen Mitgliedstaat wesentlich von derjenigen im Aufnahmemitgliedstaat unterscheidet, wobei für eine entsprechende Prüfung nur die in Anhang VII RL 2005/36 genannten Unterlagen und Bescheinigungen verlangt werden dürfen (Art. 50 Abs. 1 RL 2005/36). Diese Regelungen stellten – so der EuGH – im Falle ihrer grundsätzlichen Anwendbarkeit in Bezug auf die dort vorgesehenen Anforderungen bzw. Modalitäten eine abschliessende Harmonisierung dar, wie der EuGH u.a. in der Rs. C-729/17<sup>48</sup> im Zusammenhang mit einer griechischen Regelung über die Voraussetzungen der Zulassung als Mediator, die vom EuGH für mit der RL 2005/36 unvereinbar angesehen wurde, festhielt: Erstens müsse nach der griechischen Regelung eine Reihe von Dokumenten, die nicht in der RL 2005/36 erwähnt seien (Ort der Ausbildung, Verfahren der Prüfung und Bewertung der Bewerber und die Modalitäten, die die Lauterkeit dieses Verfahrens gewährleisten) an die zuständige Behörde übermittelt werden, was nicht mit dem abschliessenden Charakter der Aufzählung der zu übermittelnden Dokumente im Anhang VII RL 2005/36 in Einklang stehe. Zweitens setze die Auferlegung von Ausgleichsmassnahmen nach Art. 14 Abs. 1 lit. a RL 2005/36 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. Werde die Feststellung der Gleichwertigkeit aber – wie in Griechenland – davon abhängig gemacht, dass der Antragsteller mindestens drei Teilnahmen an Mediationsverfahren als Mediator, Hilfsmediator oder Berater einer Partei als Erfahrung vorweisen kann, und könne die zuständige Stelle nach ihrem Ermessen dem Antragsteller eine ergänzende Prüfung vorschreiben, werde den erwähnten Anforderungen der RL 2005/36 nicht Rechnung getragen, da sie nicht der in dieser vorgesehenen Art von Kriterien entsprechen. Es sei nämlich gerade keine vorherige Beurteilung vorgesehen, um festzustellen, ob der Antragsteller eine Ausbildung erhalten habe, die sich wesentlich von der im Aufnahmemitgliedstaat geforderten Ausbildung unterscheide. Schliesslich verstosse die Regelung auch gegen das in Art. 13 Abs. 1 RL 2005/36 verankerte Diskriminierungsverbot. Denn von Personen, die eine Zulassung als Mediator beantragen, nachdem sie einen Befähigungsnachweis bei einer ausländischen Ausbildungseinrichtung erworben haben, werde verlangt, eine Erfahrung von mindestens drei Teilnahmen an Mediationsverfahren vorzuweisen, wohingegen eine derartige Zulassungsbedingung nicht für Personen gelte, die einen Befähigungsnachweis bei einer inländischen Ausbildungseinrichtung erworben haben.

Nicht geäussert hat sich der EuGH in diesem Urteil zu der Frage, ob im Falle des Nichtvorliegens einer der Voraussetzungen für die Eröffnung des Anerkennungsmechanismus' gemäss dem allgemeinen System eine den Zugang zu einem im Aufnahmemitgliedstaat reglementierten Beruf beschränkende Massnahme *per se* als zulässig anzusehen ist (da die Voraussetzungen für die Anerkennung nicht gegeben sind) oder ob die Mitgliedstaaten hier gleichwohl die Grundfreiheiten beachten müssen. Diese Frage ist insofern im Zusammenhang mit der Thematik der Abgeschlossenheit einer sekundärrechtlichen Regelung etwas atypisch, als es hier nicht darum geht, ob die Mitgliedstaaten noch eine (zusätzliche) Anforderung vorsehen dürfen, sondern darum, ob sie hierbei unionsrechtliche Vorgaben (nämlich die Grundfreiheiten) zu beachten haben. Damit ist hier entscheidend, ob die RL 2005/36 auch insofern als abschliessend angesehen werden kann, als die Nichtanerkennung von Ausbildungsnachweisen betroffen ist, und zwar in dem Sinn, dass im Falle der Nichterfüllung der Voraussetzungen für eine Anerkennung nach der RL 2005/36 davon auszugehen wäre, dass in Bezug auf die Anerkennung von Ausbildungsnachweisen keine unionsrechtlichen Anforderungen zum Zuge kommen, womit die Mitgliedstaaten nach Belieben im Ausland erworbene Ausbildungsnachweise nicht berücksichtigen dürften. Dieser Frage wird im Einzelnen unter III. nachzugehen sein.

Insgesamt wird auch<sup>49</sup> durch diese Skizzierung einiger der in der Rechtsprechung entwickelten Fallgestaltungen und Kriterien deutlich, dass die Frage nach der genauen Reichweite und der

---

<sup>48</sup> EuGH, Rs. C-729/17 (Kommission/Griechenland), ECLI:EU:C:2019:534.

<sup>49</sup> S. schon oben II.1.

Abgeschlossenheit eines Sekundärrechtsakts (mit der Folge einerseits der Unanwendbarkeit der Grundfreiheiten, andererseits bzw. ergänzend der entsprechenden Einschränkung der mitgliedstaatlichen Handlungsmöglichkeiten) regelmässig genauerer Untersuchungen und Analysen bedarf. Diejenigen Konstellationen, in welchen die Abgeschlossenheit eines Sekundärrechtsakts bzw. gewisser Bestimmungen nicht oder nur teilweise zu bejahen ist, dürften weit häufiger sein als mitunter auf den ersten Blick angenommen werden könnte, dies mit der Folge, dass die Mitgliedstaaten weiterhin zum Schutz bestimmter Rechtsgüter Massnahmen ergreifen dürfen, welche aber dann auch den Vorgaben der Grundfreiheiten genügen müssen.<sup>50</sup> Jedenfalls sind auch im Falle einer nur teilweise abschliessenden Harmonisierung bei der Anwendung der Grundfreiheiten die Ziele der Harmonisierungsmassnahme zu beachten.<sup>51</sup>

### III. Zur Anwendbarkeit der Grundfreiheiten im Falle des Nichtvorliegendes der Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 2 RL 2005/36

Die vorstehenden Ausführungen konnten aufzeigen, dass die Frage nach der Reichweite der Abgeschlossenheit einer sekundärrechtlichen Regelung mit der Folge der Unanwendbarkeit der Grundfreiheiten (und des Diskriminierungsverbots aus Gründen der Staatsangehörigkeit) nicht pauschal für einen gesamten Rechtsakt zu beantworten ist, sondern jeweils im Einzelfall mit Bezug auf die relevante Bestimmung des Sekundärrechtsakts einerseits und die in Frage stehende nationale Regelung andererseits geprüft werden muss.

Für die RL 2005/36 ergibt sich aus den obigen Ausführungen<sup>52</sup> zunächst, dass ihre Vorgaben (soweit die Niederlassung von Personen, welche eine Berufsqualifikation bzw. eine Berufserfahrung in einem anderen EU-Mitgliedstaat erworben haben, betroffen ist) insoweit als abschliessend zu verstehen sind, als es um die Anforderungen geht, welche die Mitgliedstaaten im Falle der Eröffnung des Anwendungsbereichs der RL 2005/36 und des Vorliegens der Voraussetzungen für eine grundsätzliche Anerkennung nach einem der drei Anerkennungssysteme und insbesondere nach dem im vorliegenden Zusammenhang besonders interessierenden allgemeinen System an die Qualifikationen und die ggf. möglichen Ausgleichsmassnahmen stellen dürfen. M.a.W.: Soweit die RL 2005/36 anwendbar ist und die in dieser formulierten Voraussetzungen für die Einschlägigkeit eines der Anerkennungssysteme gegeben sind, kommen in Bezug auf die Anerkennung der Qualifikationen bzw. den Zugang zu dem reglementierten Beruf ausschliesslich die Vorgaben der RL 2005/36 zum Zuge, so dass es den Mitgliedstaaten insbesondere verwehrt ist, andere oder zusätzliche Voraussetzungen für die Anerkennung der Berufsqualifikationen bzw. der Berufserfahrungen vorzusehen.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> S. in diesem Zusammenhang auch die allgemeine Formulierung in EuGH, Rs. C-313/01 (Morgenbesser), ECLI:EU:C:2003:612, wo der EuGH betont, soweit die Diplomanerkennungsrichtlinien «nicht anwendbar» seien, seien ggf. Art. 45, 49 AEUV einschlägig und zu prüfen, was immer dann zu bejahen sei, wenn es um eine Tätigkeit als Arbeitnehmer oder Selbständiger gehe.

<sup>51</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-315/05 (Lidl Italia), ECLI:EU:C:2006:736, N 48; EuGH, Rs. C-3/99 (Cidrerie Ruwet), ECLI:EU:C:2000:560, N 47. S. insoweit auch HARATSCH/KÖNIG/PECHSTEIN (FN 12), N 865, die davon sprechen, dass die Wertungsentscheidungen des Unionsgesetzgebers zu beachten seien.

<sup>52</sup> II.2.

<sup>53</sup> EuGH, Rs. C-365/13 (Ordre des architectes), ECLI:EU:C:2014:280; EuGH, Rs. C-729/17 (Kommission/Griechenland), ECLI:EU:C:2019:534. S. insoweit schon oben II.2.

Damit soll insbesondere ausgeschlossen werden, dass die Mitgliedstaaten im Verhältnis zur RL 2005/36 weitergehende Anforderungen an die beruflichen Qualifikationen – welche regelmässig eine Beschränkung der Grundfreiheiten darstellen – vorsehen, etwa unter Berufung auf den Gesundheitsschutz oder zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls (z.B. Konsumentenschutz). Denn durch die mit der RL 2005/36 einhergehende Harmonisierung hat der Unionsgesetzgeber diesen Anliegen Rechnung getragen und die entsprechenden Abwägungen bereits getroffen, so dass insoweit für mitgliedstaatliche Massnahmen kein Raum mehr bleibt.<sup>54</sup>

Noch nicht beantwortet ist damit aber die Frage, ob die Vorgaben der RL 2005/36 (bei Eröffnung des zeitlichen, persönlichen und materiellen Anwendungsbereichs der RL 2005/36) auch insoweit als abschliessend anzusehen sind, als die Voraussetzungen für die grundsätzliche Pflicht zur Anerkennung bzw. für die Anwendbarkeit eines der Anerkennungssysteme der RL 2005/36 nicht gegeben sind. Ein solcher Ansatz hätte zur Folge, dass ein Rückgriff auf die Grundfreiheiten ausgeschlossen wäre, so dass die entsprechenden nationalen Massnahmen nicht an ihrem Massstab geprüft werden könnten. Deutlich wird damit, dass es hier im Vergleich zu zusätzlichen Anforderungen an die Qualifikationen um die «umgekehrte» Situation geht: Eine Person kann keine Rechte aus der RL 2005/36 ableiten, weil deren (materielle) Voraussetzungen für das Greifen eines der Anerkennungssysteme nicht oder nur teilweise gegeben sind. Sähe man nun die RL 2005/36 in diesem Zusammenhang auch insoweit als abschliessend an, so stünde es den Mitgliedstaaten frei, jegliche diskriminierende oder beschränkende Vorgaben betreffend den Zugang zu reglementierten Berufen vorzusehen, da die RL 2005/36 nicht nur die zulässigen Anforderungen abschliessend regelte, sondern auch eine Art *numerus clausus* der Anerkennungen in dem Sinn vorsähe, dass ausschliesslich bei Vorliegen der Voraussetzungen für eine Anerkennung nach der RL 2005/36 eine solche aus unionsrechtlicher Sicht erfolgen müsste und die Mitgliedstaaten damit bei Nichtvorliegen dieser Voraussetzungen völlig frei von unionsrechtlichen Vorgaben entscheiden könnten, Berufsqualifikationen oder -erfahrungen mit Blick auf den Zugang zu einem reglementierten Beruf zu berücksichtigen. Die Grundfreiheiten wären somit für solche die Berufsausübung beschränkende Massnahmen nicht zu beachten, und aus der RL 2005/36 könnten mangels Anwendbarkeit bzw. wegen des Nichtvorliegens der dort vorgesehenen Anerkennungsvoraussetzungen keine Rechte abgeleitet werden.

Aufgezeigt werden kann die Problematik am Beispiel des Systems der allgemeinen Anerkennung nach Art. 10 ff. RL 2005/36,<sup>55</sup> das auf alle reglementierten Berufe anwendbar ist, welche von keinem der beiden anderen Systeme (welche eine Art «automatische Anerkennung» vorsehen) erfasst ist.

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>56</sup> und Ausgleichsmassnahmen (nur) verlangen dürfen, wenn und soweit wesentliche Unterschiede zur inländischen Ausbildung festgestellt werden.<sup>57</sup> Dabei enthält die RL 2005/36

---

<sup>54</sup> S. insoweit schon oben II.1.

<sup>55</sup> Zu diesem, m.w.N., EPINEY (FN 2), N 37.

<sup>56</sup> Das System impliziert somit eine Pflicht zur Überprüfung der Gleichwertigkeit, vgl. aus der schweizerischen Rechtsprechung z.B. BGer, 2C\_472/2017, 7.12.2017; BVGer, B-5372/2015 vom 4.4.2017; BGer, 2C\_472/2017, 7.12.2017 E. 3; BVGer, B-5372/2015, 4.4.2017; BVGer, B-3440/2015, 17.8.2017, insb. E. 3.6.3; speziell mit Bezug zur Osteopathie BGer, 2C\_662/2018 und 2C\_663/2018, 25.2.2019, E. 3-4.

<sup>57</sup> Zur abweichenden Regelung vor der Revision der RL 2005/36 FRÉDÉRIC BERTHOUD, La reconnaissance des qualifications professionnelles: Union européenne et Suisse – Union européenne, Genf, Zürich, Basel 2016, 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

(insofern im Gegensatz zum Primärrecht bzw. letztlich in Präzisierung der primärrechtlichen Vorgaben) gewisse Vorgaben hinsichtlich der Anerkennung, da eine Anerkennung (unter Vorbehalt von ggf. zulässigen Ausgleichsmassnahmen) bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen grundsätzlich erfolgen muss. Diese Voraussetzungen 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).

Nach Art. 13 Abs. 2 RL 2005/36 sind Diplome aus Staaten, in welchen der betreffende Beruf nicht reglementiert ist, unter vier Voraussetzungen anzuerkennen; u.a. wird vorausgesetzt, dass das anzuerkennende Diplom von einer staatlichen Behörde ausgestellt wurde oder staatlich anerkannt ist. Verfügt eine Person über ein Diplom aus einem Staat, in welchem der Beruf nicht reglementiert ist, das Diplom aber z.B. von einer privaten und nicht staatlich anerkannten Institution ausgestellt worden ist, sind die Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 2 RL 2005/36 nicht erfüllt, und es kann keine Anerkennung nach dieser Bestimmung verlangt werden. Verstünde man nun diese Bestimmung als abschliessende Regelung auch insoweit, als sie die Pflichten der Mitgliedstaaten zur Gleichwertigkeitsprüfung erschöpfend umschreibt, wären diese im Falle des Nichtvorliegens der Voraussetzungen dieser Bestimmung von vornherein zu keinerlei Berücksichtigung der erworbenen Qualifikationen der betreffenden Person verpflichtet. Die Abgeschlossenheit würde sich also nicht nur auf die (Nicht-) Zulässigkeit zusätzlicher Anforderungen beziehen, sondern die Pflicht zur Anerkennung auch auf die ausdrücklich in der RL 2005/36 genannten Konstellationen beschränken, mit der Folge, dass die betroffenen Personen keine Rechte aus den Grundfreiheiten ableiten könnten, da diese wegen der abschliessenden Regelung im Sekundärrecht nicht anwendbar wären.

Deutlich werden damit aber auch die Argumente gegen einen solchen Ansatz:

- Er entspricht nicht der Zielsetzung der RL 2005/36 im Allgemeinen und dem in dieser vorgesehenen System der Diplomanerkennung im Rahmen der Niederlassungsfreiheit im Besonderen: Die RL 2005/36 soll die Ausübung der Grundfreiheiten erleichtern, indem gewisse Vorgaben in Bezug auf die Pflicht zur Anerkennung von Qualifikationen formuliert werden (vgl. insoweit Erw. 11, 16, 30, 40 Präambel RL 2005/36) und es den Mitgliedstaaten damit verwehrt wird, sich auf geschriebene oder ungeschriebene Rechtfertigungsgründe zu stützen, um eine Nichtanerkennung von Qualifikationen oder Diplomen zu begründen. Es geht also m.a.W. um die Konkretisierung primärrechtlicher Anforderungen und damit um Vorgaben für die Anerkennung, nicht um die Eröffnung von Möglichkeiten der Nichtanerkennung. Eine Auslegung der RL 2005/36 (insbesondere seines Art. 13 Abs. 2 RL 2005/36) in dem Sinn, dass die Mitgliedstaaten im Falle des Nichtvorliegens der Anerkennungsvoraussetzungen keinerlei primärrechtliche Vorgaben zu beachten hätten, ist für die Verwirklichung dieser Zielsetzung somit gerade nicht notwendig.
- Sie liefe im Gegenteil den Zielen der RL 2005/36 geradezu entgegen, da die RL 2005/36 auf der Grundlage dieses Ansatzes dazu führte, dass bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen für eine Anerkennung nach der RL 2005/36 die sich aus dem Unionsrecht ergebenden Freiheiten im Vergleich zur Situation ohne Anerkennungsrichtlinie reduzierter ausfielen und es den Betroffenen verunmöglicht würde, sich auf die Grundfreiheiten zu berufen. Eine solche Auslegung liefe also dem Ziel der Erleichterung der Wahrnehmung der Grundfreiheiten diametral entgegen

---

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, 21.3.2019 E. 5-6.

- (führte sie doch in den betreffenden Konstellationen im Gegenteil zu einer Erschwerung oder Verhinderung der Möglichkeit der Wahrnehmung der Grundfreiheiten).
- Damit in engem Zusammenhang steht die Erwägung, dass eine Auslegung der RL 2005/36 in dem Sinn, dass sie die Mitgliedstaaten von der Beachtung der Grundfreiheiten im Falle des Nichtvorliegens der Voraussetzungen für eine Anerkennung «befreien» würde, den primärrechtlichen Vorgaben nicht gerecht würde: Denn sie führte dazu, dass die Mitgliedstaaten letztlich einen «Freipass» auch für diskriminierende Regelungen hätten, soweit die Anerkennungsvoraussetzungen der RL 2005/36 nicht gegeben sind. Damit würde im Ergebnis eine Art Bereichsausnahme für gewisse mitgliedstaatliche Massnahmen geschaffen werden, welche von vornherein weder am Masstab der Grundfreiheiten noch an demjenigen des diese konkretisierenden Sekundärrechts überprüft werden könnten. Dies widerspräche aber dem vertraglichen System, wonach Bereichsausnahmen abschliessend im Primärrecht festgelegt sind.<sup>58</sup> Insofern spricht auch eine primärrechtskonforme Auslegung gegen einen solchen Ansatz.
  - Schliesslich führte eine Pflicht der Mitgliedstaaten, im Falle des Nichtvorliegens der Anerkennungsvoraussetzungen gleichwohl die Vorgaben der Grundfreiheiten zu beachten, auch nicht zu einer Vereitelung der Zielsetzungen der RL 2005/36: Diese soll gerade sicherstellen, dass jedenfalls bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen eine Pflicht zur Anerkennung der Berufsqualifikationen bzw. Diplome besteht, so dass es darum geht, den Spielraum der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Nichtanerkennung von Diplomen zu beschränken, indem diesbezüglich eine Harmonisierung erfolgt. Dieses Ziel würde keinesfalls durch eine darüber hinausgehende Pflicht der Mitgliedstaaten, bei Nichtvorliegen der Anerkennungsvoraussetzungen die Grundfreiheiten – welchen deutlich weniger präzise Vorgaben zu entnehmen sind, so dass der Spielraum der Mitgliedstaaten hier wesentlich weiter ausfällt – zu beachten, vereitelt.

Gegen den hier vertretenen Ansatz kann auch nicht geltend gemacht werden, die Anerkennungsbedingungen der RL 2005/36 im Allgemeinen und des Art. 13 RL 2005/36 im Besonderen würden weitgehend obsolet, und im Falle des Nichterfüllens der qualifizierten Anforderungen für eine Anerkennung nach der RL 2005/36 müsste auf ein weniger striktes System zurückgegriffen werden. Eine solche Sicht verkennt den skizzierten Sinn der RL 2005/36, diejenigen Konstellationen bzw. Voraussetzungen zu umreissen, in denen jedenfalls eine Anerkennung zu erfolgen hat bzw. allfällige zusätzliche Anforderungen (die Ausgleichsmassnahmen) den Vorgaben der RL 2005/36 zu genügen haben. Keineswegs wird damit aber – wie dargelegt – gleichzeitig gesagt, dass die allgemeinen, durchaus deutlich weniger präzisen und strikten Vorgaben der Grundfreiheiten nicht mehr zu beachten wären. Ihre Heranziehung bedeutet übrigens mitnichten eine Pflicht zur Anerkennung bestimmter Qualifikationen. Vielmehr stehen den Mitgliedstaaten hier weitreichende Rechtfertigungsmöglichkeiten offen, und ihnen kommt gerade im Gesundheitsschutz nach der Rechtsprechung des EuGH ein sehr weiter Gestaltungsspielraum zu.<sup>59</sup>

Insofern könnte es auch durchaus zulässig sein, dass für Diplome privater Anbieter eine irgendwie geartete Gewähr für die Qualität der Ausbildung gefordert wird oder gewisse zusätzliche Anforderungen (z.B. eine Prüfung) vorgesehen werden. Unzulässig und unvereinbar mit den Grundfreiheiten ist es hingegen, quasi «automatisch» bei Nichtvorliegen der Anerkennungsvoraussetzungen nach der RL 2005/36 auf ein Gesuch überhaupt nicht einzutreten und keinerlei materielle Prüfung vorzunehmen. Der gegenteilige Ansatz liefe

---

<sup>58</sup> S. insoweit auch schon oben II.1.

<sup>59</sup> Vgl. aus der Rechtsprechung z.B. EuGH, Rs. C-230/18 (PI), ECLI:EU:C:2019:383; EuGH, Rs. C-296/15 (Medisamus), ECLI:EU:C:2017:431; EuGH, Rs. C-419/16 (Sirma Federspiel), ECLI:EU:C:2017:997.

darauf hinaus, dass die Mitgliedstaaten nach Belieben, und ohne unionsrechtliche Vorgaben beachten zu müssen, diskriminierende Regelungen vorsehen könnten.

Im Ergebnis ist vor diesem Hintergrund davon auszugehen, dass die Vorgaben der RL 2005/36 – soweit die Anerkennung von Qualifikationen bzw. Diplomen betroffen ist – nur (aber immerhin) insoweit als abschliessende unionsrechtliche Regelung anzusehen sind, wie eine Pflicht zur Anerkennung besteht, nicht jedoch, soweit die Möglichkeiten der Nichtanerkennung betroffen sind. Damit sind mitgliedstaatliche Anforderungen an für den Zugang zu einem reglementierten Beruf notwendige Qualifikationen am Massstab der Grundfreiheiten zu messen, soweit die Voraussetzungen eines der Anerkennungssysteme der RL 2005/36 nicht greifen.<sup>60</sup>

Auch diverse Formulierungen in verschiedenen Urteilen des EuGH stützen diese Auffassung:

- In der Rs. C-313/01<sup>61</sup> hält der Gerichtshof allgemein fest, die Behörden eines Mitgliedstaats hätten bei der Prüfung des Antrag auf Genehmigung der Ausübung eines reglementierten Berufes die berufliche Qualifikation des Betroffenen in der Weise zu berücksichtigen, dass sie die in seinen Diplomen, Prüfungszeugnissen und sonstigen Befähigungsnachweisen bescheinigte Qualifikation und seine einschlägige Berufserfahrung mit der nach nationalem Recht für die Ausübung des fraglichen Berufes verlangten beruflichen Qualifikation vergleichen.<sup>62</sup> Ausdrücklich weist der EuGH nicht nur darauf hin, dass sich diese Verpflichtung auf sämtliche Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise sowie auf die einschlägige Berufserfahrung des Betroffenen beziehe, unabhängig davon, ob sie in einem Mitgliedstaat oder in einem Drittland erworben wurden, sondern betont auch, dass sie durch den Erlass von Richtlinien über die gegenseitige Anerkennung von Diplomen nicht in Frage gestellt werde.<sup>63</sup> Gerade die zuletzt erwähnte Feststellung impliziert klar, dass die Diplomanerkenntnisrichtlinien eben gerade nicht von der Pflicht zur Beachtung der Grundfreiheiten «dispensieren» können und sie daher die Frage der Reichweite der Anerkennungspflicht nicht abschliessend regeln (sondern eben nur diejenigen Konstellationen, in denen zwingend eine Anerkennung erfolgen muss, was weitergehende Pflichten aus den Grundfreiheiten gerade nicht ausschliesst).
- Auch in der Rs. C-575/11<sup>64</sup> hält der Gerichtshof fest, bei Unanwendbarkeit der RL 2005/36 bzw. in Fällen, die von dieser nicht erfasst werden (wie bei zu grossen Unterschieden in den Tätigkeitsbereichen), komme die einschlägige Grundfreiheit zum Zuge.<sup>65</sup>
- Schliesslich spricht auch die u.a. in den verb. Rs. C-422/09, C-425/09, C-426/09<sup>66</sup> formulierte grundsätzliche Pflicht zur Berücksichtigung auch praktischer Erfahrungen für den hier vertretenen Ansatz. Dieser sich auch aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit ergebende Grundsatz verbiete es, eine praktische Erfahrung (unter Einschluss derjenigen, die im Aufnahmemitgliedstaat erworben 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 sei, 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. Eine grundsätzliche Pflicht zur Berücksichtigung sonstiger praktischer Erfahrungen ergebe sich aus dem allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts bzw. den Art. 45, 49 AEUV, wonach bei der Anerkennung von in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Berufsbezeichnungen einschlägige Kenntnisse und Fähigkeiten zu berücksichtigen seien, die ein Antragsteller bereits erworben hat.

---

<sup>60</sup> Im Ergebnis ebenso wohl OESCH (FN 8), 105, der festhält, die sich aus den Diskriminierungsverboten des FZA bzw. den Grundfreiheiten ergebenden Anerkennungsregeln kämen als «Mindeststandard» zur Anwendung, wenn ein Sachverhalt nicht vom sekundärrechtlichen Anerkennungsregime erfasst werde.

<sup>61</sup> EuGH, Rs. C-313/01 (Morgenbesser), ECLI:EU:C:2003:612, N 57 f.

<sup>62</sup> S. insoweit auch EuGH, Rs. C-232/99 (Kommission/Spanien), ECLI:EU:C:2002:291, N 21.

<sup>63</sup> S. insoweit auch EuGH, Rs. C-238/98, Hocsmán, ECLI:EU:C:2000:440, N 23, 31; EuGH, Rs. C-232/99 (Kommission/Spanien), ECLI:EU:C:2002:291, N 22.

<sup>64</sup> EuGH, Rs. C-575/11 (Nasiopoulos), ECLI:EU:C:2013:430, N 31 f.

<sup>65</sup> S. insoweit auch EuGH, Rs. C-330/03 (Colegio de Ingenieros), ECLI:EU:C:2006:45, N 35.

<sup>66</sup> EuGH, verb. Rs. C-422/09, C-425/09, C-426/09 (Vandorou), ECLI:EU:C:2010:732.

Diese Grundsätze finden auch im Rahmen des FZA Anwendung.<sup>67</sup> Daher sind im Falle der Nichteinschlägigkeit der RL 2005/36 bei einem Gesuch auf Zugang zu einem reglementierten Beruf die allgemeinen Vorgaben des Abkommens zu beachten. So verankert das Freizügigkeitsabkommen (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 Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vor.<sup>68</sup> Diese kann u.a. aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder 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. Insofern sind die in der Rechtsprechung des EuGH entwickelten Grundsätze bezüglich der sich aus dem Primärrecht ergebenden Vorgaben im Bereich der Anerkennung von Berufsqualifikationen bzw. Diplomen<sup>69</sup> vollumfänglich auch im Rahmen des FZA massgeblich.<sup>70</sup>

Zwar nimmt die Rechtsprechung des EuGH mitunter nur Bezug auf ein Beschränkungsverbot. Hieraus kann aber nicht allgemein geschlossen werden, die diesbezügliche Rechtsprechung bzw. zumindest gewisse ihrer Aspekte könnten nicht als solche auch im Rahmen des Diskriminierungsverbots herangezogen werden. Denn angesichts des Umstands, dass der EuGH die Grundfreiheiten auch als Beschränkungsverbote auslegt, differenziert er häufig nicht mehr im Einzelnen, ob (auch) eine materielle Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vorliegt (was aber beim Erfordernis eines inländischen Diploms kaum zu bestreiten ist). Vor allem aber beruhen die tragenden Erwägungen des Gerichtshofs auf der Verhältnismässigkeit; dieser Grundsatz ist aber auch bei materiellen Diskriminierungen umfassend zu beachten, so dass die Rechtsprechung des EuGH zu den sich aus dem Primärrecht ergebenden Vorgaben betreffend die Anerkennung von Berufsqualifikationen grundsätzlich auch bei Diskriminierungsverboten und damit im FZA beachtlich ist.<sup>71</sup>

#### IV. Zusammenfassende Schlussbemerkung

Im Ergebnis ist nach dem Gesagten festzuhalten, dass die Vorgaben der RL 2005/36 – soweit die Anerkennung von Qualifikationen bzw. Diplomen betroffen ist – nur (aber immerhin) insoweit als abschliessende unionsrechtliche Regelung anzusehen sind, als eine Pflicht zur Anerkennung besteht, nicht jedoch, soweit die Möglichkeiten der Nichtanerkennung betroffen

<sup>67</sup> Vgl. insoweit schon EPINEY (FN 2), N 13 ff. Ebenso z.B. OESCH (FN 8), 104 ff.

<sup>68</sup> Vgl. aus der Rechtsprechung z.B. EuGH, Rs. C-298/14 (Brouillard), ECLI:EU:C:2015:652. Aus der Literatur z.B. GAMMENTHALER (FN 7), 54 ff.; GÜNTHARD (FN 7), 167.

<sup>69</sup> Vgl. im Einzelnen EPINEY (FN 2), N 21 ff.

<sup>70</sup> In diese Richtung wohl auch BGE 136 II 470 E. 4.1; ebenso OESCH (FN 8), 105.

<sup>71</sup> Ohne dass es darauf ankommt, ob dem FZA auch Beschränkungsverbote zu entnehmen sind. M.E. sprechen aber die besseren Gründe dafür, dass auch das FZA Beschränkungsverbote enthält. S. schon ASTRID EPINEY, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 (9 ff.); EPINEY, Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012 (FN 6), 81 (90 ff.). Auch die Rechtsprechung des EuGH kann in diese Richtung verstanden werden, vgl. EuGH, Rs. C-581/17 (Wächter), ECLI:EU:C:2019:138; s. auch BGE 136 II 470; BGE 133 V 33.

sind. Damit sind mitgliedstaatliche Anforderungen an für den Zugang zu einem reglementierten Beruf notwendige Qualifikationen für den Fall, dass die Voraussetzungen eines der Anerkennungssysteme der RL 2005/36 nicht greifen, am Massstab der Grundfreiheiten zu messen bzw. diese sind durch die Mitgliedstaaten zu beachten.

Diese Grundsätze kommen auch im Rahmen des FZA zum Zuge, welches das unionsrechtliche System der Diplomanerkennung übernommen hat. Damit sind – übrigens unabhängig von der Frage, ob dem FZA auch ein Beschränkungsverbot zu entnehmen ist, da es regelmässig um materielle Diskriminierungen gehen wird – die sich aus der Rechtsprechung des EuGH zum Primärrecht ergebenden Vorgaben auch im Anwendungsbereich des FZA relevant, soweit die RL 2005/36 nicht einschlägig ist. Der allgemeine Grundsatz der Nichtdiskriminierung, der in verschiedenen Bestimmungen des FZA verankert ist, 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, 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.

Dabei geht es aber ausschliesslich um eine Prüfung der Diskriminierungsverbote, wobei der Verhältnismässigkeit eine zentrale Bedeutung beizumessen ist. Nicht anwendbar sind hingegen – mangels Einschlägigkeit der RL 2005/36 – die sekundärrechtlich vorgesehenen besonderen Vorgaben als solche (z.B. bezüglich der Wahl von Ausgleichsmassnahmen oder des *numerus clausus* der vorzulegenden Bescheinigungen), so dass die Mitgliedstaaten hier weitergehende und strengere Vorgaben vorsehen können, soweit sie durch einen geschriebenen oder ungeschriebenen Grund gerechtfertigt werden können und verhältnismässig sind.

Diese Grundsätze bedeuten mitnichten, dass einem solchen Gesuch auch stattgegeben werden muss, wenn auch im Einzelfall ein Anspruch auf Zulassung zum entsprechenden Beruf gegeben sein kann. So sind umfassende Rechtfertigungsmöglichkeiten eröffnet, wobei den Mitgliedstaaten gerade im Rahmen der Verhältnismässigkeit mitunter ein weiter Gestaltungsspielraum eingeräumt wird. In diesem Rahmen kann selbstverständlich auch der Umstand, dass eine bestimmte Ausbildung nicht staatlich anerkannt ist, eine (wichtige) Rolle spielen. Eine «automatische» Ablehnung bzw. ein «automatisches» Nichteintreten bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen für eine Anerkennung nach der RL 2005/36 steht hingegen nicht im Einklang mit dem FZA.