



## **Urteil vom 4. April 2017**

---

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),  
Richter Pascal Richard, Richter Francesco Brentani,  
Richter Stephan Breitenmoser, Richter Ronald Flury,  
Gerichtsschreiberin Hanna Marti Adj.

---

Parteien

X. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Hanspeter Wüstiner,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Staatssekretariat für Bildung,  
Forschung und Innovation SBFI,**  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Diplomanerkennung, Gleichwertigkeit österreichisches  
Meisterprüfungszeugnis mit eidg. Diplom Augenoptiker.

**Sachverhalt:****A.**

X. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer) wurde am (im Jahr 2003) ein Meisterprüfungszeugnis der Meisterprüfungsstelle der Wirtschaftskammer Tirol ausgestellt.

**B.**

Mit Eingabe vom 27. April 2015 ersuchte der Beschwerdeführer das Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation (SBFI; nachfolgend: Vorinstanz) um Anerkennung der Gleichwertigkeit seines österreichischen Meisterprüfungszeugnisses. Er beantragte ausdrücklich die Feststellung, dass sein Meisterprüfungszeugnis mit dem eidgenössischen Diplom des Augenoptikers (nachfolgend: eidg. Diplom des Augenoptikers) gleichwertig sei und erklärte, dass keine Anerkennung der Gleichwertigkeit mit dem Fachhochschuldiplom des Optometristen beantragt werde.

**C.**

Mit Verfügung vom 3. Juli 2015 wies die Vorinstanz das Gesuch des Beschwerdeführers um Anerkennung ab und auferlegte ihm die Verfahrenskosten von Fr. 550.—. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, es existiere seit Ende 2011 keine höhere Fachprüfung für Augenoptiker mehr, weshalb sie ausschliesslich die Gleichwertigkeit mit dem Bachelor of Science (FHNW) in Optometrie (nachfolgend: Bachelor FH in Optometrie) hätte prüfen müssen, dass der Beschwerdeführer darauf jedoch explizit verzichtet habe.

**D.**

Mit Schreiben vom 10. August 2015 ersuchte der Beschwerdeführer die Vorinstanz sinngemäss um Wiedererwägung der Verfügung und führte unter Verweis auf ein neueres Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (B-1884/2014) aus, dass die Verweigerung der Anerkennung der Gleichwertigkeit mit dem altrechtlichen eidg. Diplom des Augenoptikers unhaltbar sei. Mit Schreiben vom 21. August 2015 erklärte die Vorinstanz, dass sie an der Verfügung festhalte und wies damit sinngemäss das Wiedererwägungsgesuch ab.

**E.**

Mit Eingabe vom 3. September 2015 erhob der Beschwerdeführer beim Bundesverwaltungsgericht gegen die Verfügung vom 3. Juli 2015 Beschwerde. Er beantragt die Aufhebung der angefochtenen Verfügung so-

wie die Feststellung bzw. sinngemäss die Anerkennung, dass sein Meisterprüfungszeugnis für das Handwerk Augenoptik mit dem eidg. Diplom des Augenoptikers gleichwertig sei.

**F.**

Mit Vernehmlassung vom 16. Oktober 2015 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde und verweist im Wesentlichen auf die angefochtene Verfügung.

**G.**

Mit Replik vom 26. Oktober 2015 und mit Duplik vom 17. November 2015 halten die Parteien an ihren Anträgen fest.

**H.**

Mit Verfügung vom 22. März 2016 teilte das Bundesverwaltungsgericht den Parteien den Wechsel des Instruktionsrichters mit und setzte dem Beschwerdeführer eine Frist zur Einreichung einer Kostennote. Mit Eingabe vom 23. März 2016 reichte der Beschwerdeführer zwei Kostennoten ein. Aus organisatorischen Gründen wurde das Verfahren am 31. Oktober 2016 an eine neue Instruktionsrichterin umgeteilt.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 61 Abs. 2 des Berufsbildungsgesetzes vom 13. Dezember 2002 [BBG, SR 412.10] i.V.m. Art. 31 f. sowie Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

Als Adressat der angefochtenen Verfügung ist der Beschwerdeführer zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]). Diese ist frist- und formgerecht eingereicht worden und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 und Art. 44 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

**2.**

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht können die Verletzung

von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und – sofern nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet im Beschwerdeverfahren das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist an die Begründung der Begehren nicht gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Massgebend ist grundsätzlich die Rechts- und Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheids (vgl. BVGE 2011/1 E. 2; ZIBUNG/HOFSTETTER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 49 N. 2, 53; CAMPRUBI, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, Art. 62 N. 10, 15).

### 3.

Der Beschwerdeführer ist Schweizer Staatsangehöriger und besitzt ein Meisterprüfungszeugnis für das Handwerk Augenoptik der Meisterprüfungsstelle der Wirtschaftskammer Tirol vom (im Jahr 2003), um dessen Anerkennung er die Vorinstanz erfolglos ersucht hat.

In seiner Beschwerde rügt der Beschwerdeführer die Verletzung eidgenössischen Rechts bzw. Staatsvertragsrechts. In diesem Zusammenhang bringt er unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vor, die Vorinstanz habe die Pflicht und Aufgabe, die Gleichwertigkeit ausländischer Berufsqualifikationen mit einem schweizerischen Diplom zu beurteilen, welches nach der kantonalen Gesetzgebung für eine Berufsausübungsbewilligung anerkannt werde. Der Beschwerdeführer erklärt weiter, die Vorinstanz habe die Anerkennung des Diploms entgegen dem Sinn und Zweck des Freizügigkeitsabkommens (zit. in E. 5.3) verweigert, wobei er u.a. die Freizügigkeit und das Verbot der Diskriminierung von ausländischen Personen und Diplomen anführt.

Die Vorinstanz legt dar, dass sich die Rechtmässigkeit eines Verwaltungsakts in materieller Hinsicht nach Massgabe des zur Zeit seines Erlasses geltenden Rechts bestimme. Sie beruft sich darauf, dass das eidg. Diplom des Augenoptikers, seitdem das Reglement über die Höhere Fachprüfung Ende 2012 ausser Kraft gesetzt wurde, in der Schweiz nicht mehr verliehen werde, und erklärt, dass die Richtlinie 2005/36/EG (zit. in E. 5.3) eine Niveauerhöhung der Ausbildung zulasse. Gestützt auf das Freizügigkeitsab-

kommen sei seither ausschliesslich zu prüfen, ob das Meisterprüfungszeugnis des Beschwerdeführers mit dem Bachelor FH in Optometrie gleichwertig sei, worauf er explizit verzichtet habe.

Demnach hat die Vorinstanz das Gesuch des Beschwerdeführers abgewiesen, ohne materiell zu prüfen, ob das österreichische Meisterprüfungszeugnis des Beschwerdeführers mit dem altrechtlichen eidg. Diplom des Augenoptikers gleichwertig ist.

#### 4.

Die Vorinstanz ist für die Prüfung und Anerkennung von Diplomen zuständig, sofern die Ausbildung des Berufs vom Bund geregelt ist (Art. 68 BBG i.V.m. Art. 69 sowie Art. 71 der Berufsbildungsverordnung vom 19. November 2003 [BBV, SR 412.101]; vgl. auch Botschaft vom 4. April 2012 zur Genehmigung des Beschlusses Nr. 2/2011 des Gemischten Ausschusses EU-Schweiz zum Freizügigkeitsabkommen [Änderung von Anhang III des Abkommens, gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen] und zur Umsetzung des Beschlusses [Bundesgesetz über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen], BBl 2012 4401, 4410 f., Ziff. 1.1.3 und 1.1.3.2 [nachfolgend: Botschaft zum Beschluss Nr. 2/2011 des Gemischten Ausschusses EU-Schweiz]; FRÉDÉRIC BERTHOUD, Die Anerkennung von Berufsqualifikationen zwischen der Schweiz und der EU, in: Bilaterale Verträge I & II Schweiz - EU, 2007, S. 274 f. Rz. 89 ff., insb. Rz. 92). Die Ausbildung an der höheren Fachschule für Augenoptik sowie die höhere Fachprüfung in Augenoptik sind bzw. waren vom Bund geregelt, weshalb die Vorinstanz für die Anerkennung des Diploms des Beschwerdeführers zuständig ist (Art. 26 ff. und 42 ff. BBG, Art. 23 ff. BBV). Im Übrigen ist die Zuständigkeit der Vorinstanz vorliegend unbestritten.

#### 5.

Das Prinzip der Rechtsanwendung von Amtes wegen verpflichtet die Beschwerdeinstanz, die Rechtslage frei zu prüfen, in der zu beurteilenden Streitigkeit das Recht anzuwenden, welches sie als einschlägig erachtet und ihm die Auslegung zu geben, von der sie überzeugt ist (Art. 62 Abs. 4 VwVG; BGE 110 V 48 E. 4a; HÄBERLI, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 62 N. 42 ff.).

**5.1** Das Berufsbildungsgesetz regelt sämtliche Berufsbereiche ausserhalb der Hochschulen, so unter anderem die berufliche Grundbildung, ein-

schliesslich der Berufsmaturität; die höhere Berufsbildung; die berufsorientierte Weiterbildung sowie die Qualifikationsverfahren, Ausweise und Titel (Art. 2 Abs. 1 Bst. a bis d BBG).

Der Bundesrat regelt die Anerkennung ausländischer Diplome und Ausweise der Berufsbildung im Geltungsbereich des Berufsbildungsgesetzes (Art. 68 Abs. 1 BBG). Er hat diesen Auftrag mit dem Erlass der Berufsbildungsverordnung erfüllt und in deren Art. 69a Folgendes bestimmt:

„1 Das SBFI oder Dritte anerkennen einen ausländischen Abschluss für die Ausübung eines reglementierten Berufs, wenn er im Vergleich mit dem entsprechenden schweizerischen Abschluss der Berufsbildung die folgenden Voraussetzungen erfüllt:

- a. Die gleiche Bildungsstufe ist gegeben.
- b. Die Bildungsdauer ist gleich.
- c. Die Bildungsinhalte sind vergleichbar.
- d. Der ausländische Bildungsgang umfasst neben theoretischen auch praktische Qualifikationen oder es ist eine einschlägige Berufserfahrung vorhanden.

2 Berechtigter ausländischer Abschluss zwar zur Ausübung des entsprechenden Berufs im Herkunftsstaat, sind jedoch die Voraussetzungen nach Absatz 1 nicht alle erfüllt, so sorgen das SBFI oder Dritte, bei Bedarf in Zusammenarbeit mit Expertinnen und Experten, für Massnahmen zum Ausgleich der Unterschiede zwischen dem ausländischen und dem entsprechenden schweizerischen Abschluss (Ausgleichsmassnahmen) namentlich in Form einer Eignungsprüfung oder eines Anpassungslehrgangs. Käme der Ausgleich der Absolvierung eines bedeutenden Teils der schweizerischen Ausbildung gleich, so kommen Ausgleichsmassnahmen nicht in Betracht.

[...]

**5.2** Am 19. Januar 2017 ist die Referendumsfrist für das neue Bundesgesetz vom 30. September 2016 über die Gesundheitsberufe (Gesundheitsberufegesetz, GesBG, SR 811.21; vgl. BBI 2016 7599) unbenutzt abgelaufen (vgl. auch < [www.gesbg.admin.ch](http://www.gesbg.admin.ch) >, abgerufen am 31.03.2017).

**5.2.1** Zur Anerkennung ausländischer Bildungsabschlüsse ist in Art. 10 GesBG Folgendes bestimmt:

„1 Ein ausländischer Bildungsabschluss wird anerkannt, wenn seine Gleichwertigkeit mit einem inländischen Bildungsabschluss nach Artikel 12 Absatz 2:

a. in einem Vertrag über die gegenseitige Anerkennung mit dem betreffenden Staat oder einer überstaatlichen Organisation festgelegt ist; oder

b. im Einzelfall nachgewiesen wird anhand von Bildungsstufe, -inhalt, -dauer und im Bildungsgang enthaltenen praktischen Qualifikationen.

2 Ein anerkannter ausländischer Bildungsabschluss hat für die Berufsausübung in der Schweiz die gleichen Wirkungen wie der entsprechende inländische Bildungsabschluss.

3 Der Bundesrat regelt die Anerkennung ausländischer Bildungsabschlüsse im Geltungsbereich dieses Gesetzes. [...]"

In Art. 34 Abs. 3 GesBG ist sodann ergänzend festgehalten:

„3 Inländische Abschlüsse nach bisherigem Recht sowie mit diesen als gleichwertig anerkannte ausländische Abschlüsse sind für die Erteilung der Berufsausübungsbewilligung den Abschlüssen nach Artikel 12 Absatz 2 gleichgestellt. Die Einzelheiten regelt der Bundesrat. [...]"

**5.2.2** Der Zeitpunkt der in Kraftsetzung des neuen Gesundheitsberufegesetzes ist noch nicht festgelegt und der Bundesrat hat bisher noch keine Ausführungsbestimmungen entsprechend den Delegationen in Art. 10 Abs. 3 und 4 und Art. 34 Abs. 3 GesBG erlassen (vgl. zum Ganzen Botschaft vom 18. November 2015 zum Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe, BBl 2015 8715, insb. 8746 ff. und 8762 f. [nachfolgend: Botschaft GesBG]). Gemäss Angaben des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) werden die Verordnungen in den nächsten drei Jahren ausgearbeitet, wobei die Vernehmlassung zu den Verordnungen voraussichtlich im Herbst 2018 stattfinden sollen (vgl. < [www.gesbg.admin.ch](http://www.gesbg.admin.ch) > Verordnungen, abgerufen am 31.03.2017).

**5.2.3** Wenn eine Person vom Staat eine Bewilligung oder die Gewährung eines Vorteils ersucht, so ist auch für die Beschwerdeinstanz dasjenige materielle Recht massgebend, das im Moment des angefochtenen Entscheids der Vorinstanz in Kraft war. Später eingetretene Rechtsänderungen sind nur ausnahmsweise zu berücksichtigen, wenn zwingende Gründe für die sofortige Anwendung des neuen Rechts sprechen (vgl. BGE 135 II 384 E. 2.3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 293 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, S. 202 Rz. 20; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, Rz. 412).

**5.2.4** Vorliegend sind somit die Bestimmungen anzuwenden, die am 3. Juli 2015, d.h. im Zeitpunkt der Verfügung der Vorinstanz, in Kraft waren. Das

neue Gesundheitsberufegesetz ist für die Beurteilung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens demnach nicht massgebend, selbst wenn es vom Bundesrat noch während der Dauer des Verfahrens in Kraft gesetzt werden sollte, was angesichts der vorgesehenen Dauer für die Ausarbeitung der Ausführungsverordnungen ohnehin äusserst unwahrscheinlich scheint.

**5.3** Am 1. Juni 2002 trat das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA, SR 0.142.112.681) in Kraft. Dieses hat unter anderem zum Ziel, den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) und der Schweiz ein Recht auf Einreise, Aufenthalt, Zugang zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit und Niederlassung als Selbständige einzuräumen (Art. 1 Bst. a FZA). Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gewährleistet den Staatsangehörigen der Vertragsparteien das Recht, in der Anwendung des Abkommens nicht schlechter gestellt zu werden als die Angehörigen des Staates, der das Abkommen handhabt (Art. 2 FZA; BGE 140 II 364 E. 6.1-6.3; 136 II 241 E. 12; 130 I 26 E. 3.2, je m.w.H.; Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts K 163/03 vom 27. März 2006 E. 6.1 f., nicht publ. in: BGE 133 V 33; Urteil des BVGer B-6452/2013 vom 4. Dezember 2014 E. 2 m.w.H.; ALVARO BORGHI, *La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE*, 2010, Art. 2 N. 35 ff.; BREITENMOSER/WEYENETH, *Europäische Bezüge und Bilaterale Verträge*, in: *Fachhandbuch Verwaltungsrecht*, 2015, Rz. 31.26 und 31.36 ff.; NICOLAS F. DIEBOLD, *Freizügigkeit im Mehrebenensystem*, 2016, Rz. 260 ff., 781 ff.; COTTIER ET AL., *Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union*, 2014, Rz. 424 ff., insb. Rz. 490 ff.; EPINEY/BLASER, in: *Code annoté de droit des migrations: Accord sur la libre circulation des Personnes [ALCP]*, Volume III, 2014, Art. 2 N. 1 ff., insb. N. 22 ff.; GROSSEN/DE COULON, *Bilaterales Abkommen über die Freizügigkeit zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten*, in: *Bilaterale Verträge I & II Schweiz - EU*, 2007, S. 143 f. Rz. 25 ff.; JAAG/HÄNNI, *Europarecht: Die Europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht*, 4. Aufl. 2015, Rz. 4108 ff.; KADDOUS/GRISEL, *Libre circulation des personnes et des services*, 2012, S. 875 ff.; MAIANI/BIEBER, *Précis de droit européen*, 3. Aufl. 2016, S. 395 f.; NINA GAMMENTHALER, *Diplomanerkennung und Freizügigkeit*, Diss. Freiburg i.Ue. 2010, S. 309 ff.). In diesem Zusammenhang bestimmt Art. 9 FZA, dass die Vertragsstaaten alle erforderlichen Massnahmen gemäss Anhang III des Freizügigkeitsabkommens für die gegenseitige Anerkennung von Diplomen und Zeugnissen treffen, um den Staatsangehörigen der Vertragsparteien den



Zugang zur unselbständigen und selbständigen Erwerbstätigkeit zu erleichtern (Art. 9 FZA; Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. L 255/22 vom 30.09.2005 [nachfolgend: Richtlinie 2005/36/EG]).

**5.3.1** In Anhang III des Freizügigkeitsabkommens haben sich die Vertragsstaaten verpflichtet, Diplome, Zeugnisse und sonstige Befähigungsnachweise gemäss den darin für anwendbar erklärten Rechtsakten der EU zu anerkennen (Ziff. 1 vor Abschn. A Anhang III des FZA; Urteil des BGer 2C\_668/2012 vom 1. Februar 2013 E. 3.1.2; Urteil des BVGer B-2183/2006 vom 28. August 2007 E. 3.3 m.w.H.; NINA GAMMENTHALER, a.a.O., S. 298 ff.; COTTIER ET AL., a.a.O., Rz. 513 ff.; KADDOUS/GRISEL, a.a.O., S. 930 ff.). Eine substantielle Änderung dieses Anhangs trat am 1. September 2013 in Kraft (vgl. AS 2013 2415). Dabei wurde insbesondere die Richtlinie 2005/36/EG mit den im Beschluss Nr. 2/2011 des Gemischten Ausschusses EU-Schweiz vereinbarten Spezifikationen als zwischen der Schweiz und der Europäischen Union bzw. ihren Mitgliedstaaten für anwendbar erklärt (Art. 9 FZA i.V.m. Abschn. A Ziff. 1 Bst. a bis c Anhang III des FZA; vgl. auch Art. 2 des Beschlusses Nr. 2/2011 vom 30. September 2011 des Gemischten Ausschusses EU-Schweiz der mit Artikel 14 des Abkommens eingesetzt wurde über die Änderung von Anhang III [Gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen], AS 2011 4859 ff.).

**5.3.2** Die Richtlinie 2005/36/EG regelt die Voraussetzungen für die Anerkennung von Diplomen, Zeugnissen und sonstigen Befähigungsnachweisen, soweit die Ausübung einer Tätigkeit im Aufnahmestaat reglementiert ist (Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 2005/36/EG i.V.m. Art. 9 FZA; vgl. auch nachfolgend E. 5.6). Die Bestimmungen der allgemeinen Regelung zur Anerkennung von Ausbildungsnachweisen sind auf alle Diplome anwendbar, die nicht von den Kapiteln II und III erfasst sind (Art. 10 der Richtlinie 2005/36/EG). Der Beruf des diplomierten Augenoptikers gehört nicht zu den in den Art. 16 ff. und Art. 21 ff. der Richtlinie 2005/36/EG erfassten Berufen, weshalb vorliegend grundsätzlich die allgemeinen Anerkennungsregeln nach Art. 10 ff. der Richtlinie 2005/36/EG zur Anwendung gelangen.

Danach bedingt die Anerkennung Folgendes:

*„Artikel 13*

**Anerkennungsbedingungen**

(1) Wird die Aufnahme oder Ausübung eines reglementierten Berufs in einem Aufnahmemitgliedstaat von dem Besitz bestimmter Berufsqualifikationen abhängig gemacht, so gestattet die zuständige Behörde dieses Mitgliedstaats den Antragstellern, die den Befähigungs- oder Ausbildungsnachweis besitzen, der in einem anderen Mitgliedstaat erforderlich ist, um in dessen Hoheitsgebiet die Erlaubnis zur Aufnahme und Ausübung dieses Berufs zu erhalten, die Aufnahme oder Ausübung dieses Berufs unter denselben Voraussetzungen wie Inländern.

Die Befähigungs- oder Ausbildungsnachweise müssen

a) in einem Mitgliedstaat von einer entsprechend dessen Rechts- und Verwaltungsvorschriften benannten zuständigen Behörde ausgestellt worden sein;

b) bescheinigen, dass das Berufsqualifikationsniveau des Inhabers zumindest unmittelbar unter dem Niveau nach Artikel 11 liegt, das der Aufnahmemitgliedstaat fordert.

[...]

(3) Abweichend von Absatz 1 Buchstabe b und Absatz 2 Buchstabe b gewährt der Aufnahmemitgliedstaat den Zugang zu einem reglementierten Beruf und erlaubt dessen Ausübung, wenn in seinem Hoheitsgebiet für den Zugang zu diesem Beruf ein Ausbildungsnachweis verlangt wird, der eine Hochschul- oder Universitätsausbildung von vier Jahren abschließt, und der Antragsteller über einen Ausbildungsnachweis des Niveaus gemäß Artikel 11 Buchstabe c verfügt.

*Artikel 14*

**Ausgleichsmaßnahmen**

(1) Artikel 13 hindert den Aufnahmemitgliedstaat nicht daran, in einem der nachstehenden Fälle vom Antragsteller zu verlangen, dass er einen höchstens dreijährigen Anpassungslehrgang absolviert oder eine Eignungsprüfung ablegt:

a) wenn die Ausbildungsdauer, die er gemäß Artikel 13 Absatz 1 oder 2 nachweist, mindestens ein Jahr unter der im Aufnahmemitgliedstaat geforderten Ausbildungsdauer liegt;

b) wenn seine bisherige Ausbildung sich auf Fächer bezieht, die sich wesentlich von denen unterscheiden, die durch den Ausbildungsnachweis abgedeckt werden, der im Aufnahmemitgliedstaat vorgeschrieben ist;

[...]

(2) Wenn der Aufnahmemitgliedstaat von der Möglichkeit nach Absatz 1 Gebrauch macht, muss er dem Antragsteller die Wahl zwischen dem Anpassungslehrgang und der Eignungsprüfung lassen. [...]

[...]

(4) Für die Zwecke der Anwendung des Absatzes 1 Buchstaben b und c sind unter ‚Fächer, die sich wesentlich unterscheiden‘, jene Fächer zu verstehen, deren Kenntnis eine wesentliche Voraussetzung für die Ausübung des Berufs ist und bei denen die bisherige Ausbildung des Migranten bedeutende Abweichungen hinsichtlich Dauer oder Inhalt gegenüber der im Aufnahmemitgliedstaat geforderten Ausbildung aufweist.

[...]“

**5.3.3** Die Regeln bzw. Voraussetzungen für die Anerkennung von Diplomen der Richtlinie 2005/36/EG unterscheiden sich signifikant von denjenigen nach Art. 69a BBV. So können gemäss Art. 13 Abs. 1 Bst. b und Abs. 3 der Richtlinie 2005/36/EG selbst Abschlüsse als gleichwertig anerkannt werden, die ein tieferes Berufsqualifikationsniveau aufweisen als das für die Ausübung der Tätigkeit notwendige Diplom des Aufnahmestaats. Im Gegensatz dazu wird in der Berufsbildungsverordnung die gleiche Bildungsstufe verlangt (Art. 69a Abs. 1 Bst. a BBV). Eine kürzere Dauer der zum ausländischen Diplom führenden Ausbildung ist gemäss der Richtlinie 2005/36/EG kein Hindernis für die Anerkennung, wobei erst eine Differenz von einem Jahr oder mehr zu Ausgleichsmassnahmen führt (Art. 14 Abs. 1 Bst. a der Richtlinie 2005/36/EG). Demgegenüber setzt die Berufsbildungsverordnung voraus, dass die Ausbildungsdauer der verglichenen Berufsqualifikationen gleich ist, womit grundsätzlich bei jeder Abweichung Massnahmen anzuordnen sind (Art. 69a Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 BBV). Es stellt sich somit die Frage, wie der Widerspruch zwischen den beiden Rechtsgrundlagen zu lösen bzw. welche der Bestimmungen anzuwenden ist.

**5.4** Bundesgesetze und Völkerrecht sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend (Art. 190 BV [SR 101]). Sodann haben der Bund und die Kantone nach Art. 5 Abs. 4 BV das Völkerrecht zu beachten. Weder Art. 190 BV noch Art. 5 Abs. 4 BV stellen eine

Rangordnung zwischen Normen des internationalen Rechts und dem innerstaatlichen Recht auf (vgl. BGE 136 II 241 E. 16.1). Letzteres ist soweit möglich völkerrechtskonform auszulegen (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 127 f.).

Bezüglich der Frage, wie ein unüberwindbarer Widerspruch zwischen völkerrechtlichen Normen und inländischem Gesetzes- oder Verfassungsrecht zu lösen ist, hat das Bundesgericht in seiner jüngeren Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dass das Völkerrecht dem widersprechenden innerstaatlichen Recht in der Rechtsanwendung grundsätzlich vorgehe (vgl. BGE 142 II 35 E. 3.2 m.H.; 139 I 16 E. 5.1; 125 II 417 E. 4d; 122 II 234 E. 4e; vgl. auch Art. 27 des Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge [VRK, SR 0.111]).

Auch im Zusammenhang mit dem Freizügigkeitsabkommen hat das Bundesgericht entschieden, dass den direkt anwendbaren Normen dieses Abkommens selbst gegenüber neuerem Gesetzesrecht der Vorrang zukomme (vgl. BGE 133 V 367 E. 11.4 ff.). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung haben insbesondere Art. 9 des Anhangs I des FZA und das Diskriminierungsverbot Vorrang vor dem damit in Widerspruch stehenden internen Recht und entfalten direkte Wirkung (vgl. BGE 136 II 241 E. 16.1 m.H.). Die Anerkennungsmechanismen und Regeln gemäss der Richtlinie 2005/36/EG sind ebenfalls hinreichend bestimmt und klar, um als Grundlage für den Entscheid im Einzelfall zu dienen, weshalb auch sie direkt anwendbar (self-executing) sind (Art. 9 und Art. 16 Abs. 2 FZA; BGE 136 II 470 E. 4.1; 134 II 341 E. 2.1; 132 II 135 E. 6; vgl. auch Botschaft vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, BBl 1999 6128, 6437, nachfolgend: Botschaft FZA; NICOLAS F. DIEBOLD, a.a.O., Rz. 1154; COTTIER ET AL., a.a.O., Rz. 203; NINA GAMMENTHALER, a.a.O., S. 275 ff.)

Im vorliegenden Fall besteht der Widerspruch zwischen den völkerrechtlichen und den innerstaatlichen Normen indessen nicht in Bezug auf ein Gesetz im formellen Sinn, sondern lediglich in Bezug auf eine innerstaatliche Verordnung. Der Vorrang des Freizügigkeitsabkommens gegenüber den damit in Widerspruch stehenden bzw. strengeren Bestimmungen der Berufsbildungsverordnung ergibt sich daher ohne Weiteres aus Art. 190 BV. In Bezug auf das zukünftige Gesundheitsberufegesetz stellt sich die Frage des Vorranges nicht, da darin die Anerkennung nach den Bestimmungen internationaler Abkommen ausdrücklich vorgesehen ist (Art. 10 Abs. 1

Bst. a GesBG; Botschaft GesBG, BBl 2015 8715, 8746). Sofern der vorliegende Sachverhalt innerhalb des Geltungsbereichs des Freizügigkeitsabkommens liegt – was in der Folge zu prüfen sein wird (vgl. E. 5.5 bis 5.7) – kommen auf das Diplomanerkennungsgesuch des Beschwerdeführers die Anerkennungsmechanismen und die direkt anwendbaren Bestimmungen der Richtlinie 2005/36/EG daher selbst dann zur Anwendung, wenn sie in Widerspruch mit den Bestimmungen der Berufsbildungsverordnung stehen (vgl. auch e contrario Art. 12 FZA).

**5.5** Das Bundesverwaltungsgericht hat von Amtes wegen zu prüfen, ob sich der Beschwerdeführer als in der Schweiz wohnhafter Schweizer Staatsangehöriger gegenüber den Schweizer Behörden vorliegend auf das Freizügigkeitsabkommen, insbesondere auf das in Art. 2 FZA statuierte Diskriminierungsverbot bzw. das Recht auf Gleichbehandlung nach Art. 15 Abs. 1 des Anhangs I FZA, berufen kann.

**5.5.1** Nach Art. 2 FZA dürfen die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten, bei der Anwendung des Freizügigkeitsabkommens gemäss den Anhängen I, II und III nicht auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert werden. Dem Wortlaut nach erfasst Art. 2 FZA somit nur Staatsangehörige anderer Vertragsstaaten, womit sich (e contrario) ein Staatsangehöriger gegenüber seinem Heimatstaat nicht darauf berufen könnte.

**5.5.2** Nach der Rechtsprechung sind die Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens denn auch auf rein innerstaatliche Sachverhalte, d.h. wenn kein grenzüberschreitender Sachverhalt mit Auslandsbezug besteht, nicht anwendbar (vgl. Urteil des BGer 2A.768/2006 vom 23. April 2007 E. 3.3; BGE 130 II 137 E. 4; 129 II 249 E. 4.2 f.). Ein Staatsangehöriger eines Vertragsstaates kann sich jedoch gegenüber seinem eigenen Herkunftsstaat auf das Freizügigkeitsabkommen und insbesondere das Diskriminierungsverbot berufen, sofern er von seiner Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat und sich infolgedessen gegenüber seinem Herkunftsstaat in einer Situation befindet, die mit derjenigen anderer Personen, denen die Rechte und Freiheiten des Abkommens zukommen, vergleichbar ist (vgl. ausführliche Erwägungen zur Rechtsprechung des EuGH in BGE 136 II 241 E. 11 m.w.H.; Urteil des EuGH vom 31. März 1993 C-19/92 Kraus, Slg. 1993 I-1663 Rn. 15 ff. sowie Urteil des EuGH vom 27. Juni 1996 C-107/94 Asscher, Slg. 1996 I-3089 Rn. 31 f., je m.w.H.; vgl. auch BREITENMOSER/WEYENETH, Europarecht – Unter Einbezug des Verhältnis-

ses Schweiz-EU, 2. Aufl. 2014, Rz. 687). Die Freizügigkeit und das Niederlassungsrecht stellen Freiheiten dar, die nicht voll verwirklicht wären, wenn die Vertragsstaaten die Anwendung des Freizügigkeitsabkommens denjenigen ihrer Staatsangehörigen versagen dürften, die von den darin vorgesehenen Erleichterungen Gebrauch gemacht und dank diesen Erleichterungen berufliche Qualifikationen in einem anderen Vertragsstaat als demjenigen erworben haben, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen (vgl. Urteil Kraus Rn. 16).

Der EuGH hat in einem neueren Vorabentscheid selbst in einem Fall, in welchem sich ein griechischer Staatsangehöriger auf ein italienisches Diplom als Augenoptiker berief, für welches er die Ausbildung teilweise in einer vom griechischen Staat nicht anerkannten Ausbildungsstätte in Griechenland selbst absolviert hatte, die Pflicht zur Prüfung der Gleichwertigkeit nach den europäischen Richtlinien und damit auch einen grenzüberschreitenden Sachverhalt bestätigt (Urteil des EuGH vom 4. Dezember 2008 C-151/07 Chatzithanasis, Slg. 2008 I-9013 insb. Rn. 34).

**5.5.3** Der Beschwerdeführer hat in Österreich ein zweijähriges Vollzeitstudium an der Höheren Technischen Lehranstalt für Optometrie in Hall im Tirol absolviert und anschliessend ebenfalls in Österreich die Diplomprüfung für den Augenoptikermeister abgelegt. Er beabsichtigt, in der Schweiz den Beruf des diplomierten Augenoptikers selbständig auszuüben, wofür eine Anerkennung seines ausländischen Diploms erforderlich ist (vgl. nachfolgend E. 5.6 m.H.). Damit hat der Beschwerdeführer von den im Freizügigkeitsabkommen vorgesehenen Erleichterungen Gebrauch gemacht und in einem anderen Vertragsstaat berufliche Qualifikationen erworben und befindet sich deswegen nun gegenüber seinem Heimatstaat Schweiz in der gleichen Situation wie jeder Angehörige eines anderen Vertragsstaats, der eine derartige berufliche Qualifikation in Österreich erworben hat und in der Schweiz tätig werden will.

**5.5.4** Der Beschwerdeführer kann sich daher in gleichem Umfang auf die durch das Freizügigkeitsabkommen und dessen Anhänge gewährten Rechte und Freiheiten berufen.

**5.6** Das Freizügigkeitsabkommen erfasst hinsichtlich der Anerkennung von Berufsqualifikationen nur die im Aufnahmestaat reglementierten beruflichen Tätigkeiten (Art. 9 FZA i.V.m. Art. 1 und Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 2005/36/EG; Botschaft zum Beschluss Nr. 2/2011 des Gemischten Ausschusses EU-Schweiz, BBl 2012 4401, 4409 f.; FRÉDÉRIC BERTHOUD,

a.a.O., S. 250 f. Rz. 5 ff.). Alle nicht reglementierten Berufe stehen der freien Ausübung offen. Ist ein Beruf im Aufnahmestaat nicht reglementiert, bedarf es demnach keiner Prüfung der Gleichwertigkeit des Diploms und eine Arbeitsbewilligung genügt (Art. 1 Bst. a und d FZA, Art. 7 Bst. a und b FZA sowie Art. 9 Abs. 1 und Art. 15 Abs. 1 Anhang I des FZA).

**5.6.1** Als reglementiert gilt eine berufliche Tätigkeit, deren Aufnahme oder Ausübung in einem Vertragsstaat direkt oder indirekt durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften an den Besitz eines Ausbildungs- oder Befähigungsnachweises bzw. eines Diploms gebunden ist. Dazu gehört insbesondere die Ausübung einer beruflichen Tätigkeit in Verbindung mit der Führung eines Titels, der nur von Personen geführt werden darf, die einen bestimmten Ausbildungs- oder Befähigungsnachweis (bzw. ein Diplom) besitzen, der in einschlägigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften festgelegt ist (Art. 3 Abs. 1 Bst. a und c der Richtlinie 2005/36/EG).

**5.6.2** Die Vorinstanz hat eine Liste der reglementierten Berufe in der Schweiz herausgegeben (verfügbar unter < [www.sbf.admin.ch](http://www.sbf.admin.ch) > Themen > Anerkennung ausländischer Diplome > Reglementierte Berufe, abgerufen am 31.03.2017). Der Beruf des Augenoptikers ist in dieser Liste erfasst (unter dem Titel „1. Gesundheitswesen“). Die Erteilung der Zulassungsbewilligung für die selbständige Ausübung des Augenoptikerberufs liegt im Zuständigkeitsbereich der Kantone.

Die Kantone St. Gallen und Zürich erteilen die Bewilligung zur selbständigen Ausübung des Augenoptikerberufs bzw. Optometristen nur unter der Voraussetzung, dass die gesuchstellende Person ihre fachlichen Fähigkeiten durch ein geeignetes schweizerisches Diplom oder ein entsprechendes anerkanntes ausländisches Diplom nachweist (Art. 2 Bst. i und Art. 25 der Verordnung des Kantons Zürich vom 24. November 2010 über die nicht-universitären Medizinalberufe [nuMedBV/ZH, LS 811.21] i.V.m. Art. 3 ff. des Gesundheitsgesetzes des Kantons Zürich vom 2. April 2007 [GesG/ZH, LS 810.1] sowie Art. 3 Abs. 1 Bst. k i.V.m. Art. 6 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 2 der Verordnung des Kantons St. Gallen vom 21. Juni 2011 über die Ausübung von Berufen der Gesundheitspflege [VBG/SG, sGS 312.1] i.V.m. Art. 42 und Art. 46 des Gesundheitsgesetz des Kantons St. Gallen vom 28. Juni 1979 [GesG/SG, sGS 311.1]).

Mit dem Inkrafttreten des neuen Bundesgesetzes über die Gesundheitsberufe wird der Augenoptikerberuf sodann gesamtschweizerisch und einheitlich reglementiert sein (Art. 11 und Art. 12 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. f GesBG; vgl. auch Botschaft GesBG, BBl 2015 8715, 8725).

**5.6.3** Demnach ist die (selbständige) Ausübung des Augenoptikerberufs insb. in den Kantonen St. Gallen und Zürich und damit in der Schweiz als Aufnahmestaats im Sinne der Richtlinie 2005/36/EG reglementiert und der Beschwerdeführer benötigt eine Anerkennung seines österreichischen Diploms, um als selbständiger Augenoptiker im Kanton Zürich oder im Kanton St. Gallen tätig zu sein, was im Übrigen unbestritten ist.

**5.7** Entsprechend den obigen Erwägungen liegt der zu beurteilende Sachverhalt im Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens und der Richtlinie 2005/36/EG. Diese sind im vorliegenden Beschwerdeverfahren anwendbar und deren Bestimmungen betreffend die Anerkennung von Diplomen gehen den damit in Widerspruch stehenden Bestimmungen der Berufsbildungsverordnung, insb. Art. 69 BBV, vor. Der Beschwerdeführer kann sich als Schweizer Staatsangehöriger gegenüber den Schweizer Behörden in Bezug auf die Anerkennung seines ausländischen Diploms auf das Freizügigkeitsabkommen, das darin statuierte Diskriminierungsverbot und die Richtlinie 2005/36/EG berufen.

## **6.**

Der Beschwerdeführer rügt in seiner Beschwerde einerseits, dass die Vorinstanz sein Meisterprüfungszeugnis nicht geprüft und nicht als mit dem eidg. Diplom des Augenoptikers gleichwertig anerkannt hat, und er bringt andererseits vor, dass Inhaber ausländischer Diplome gegenüber Inhabern des eidg. Diploms des Augenoptikers nicht diskriminiert werden dürften.

Demgegenüber erklärt die Vorinstanz, dass sich die Rechtslage in der Schweiz verändert habe und sie ausländische Diplome nur noch mit dem neuen Bachelor FH in Optometrie vergleichen müsse.

**6.1** Das Recht auf Gleichbehandlung bzw. das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Nationalität ist ein im Freizügigkeitsabkommen mehrfach verankertes Prinzip. Dementsprechend ist Selbständigen eines anderen Vertragsstaates im Aufnahmestaats hinsichtlich des Zugangs zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit und deren Ausübung eine Behandlung zu gewähren, die nicht weniger günstig ist als die den eigenen Staatsangehörigen



gewährte Behandlung (Art. 15 Abs. 1 Anhang I FZA i.V.m. Art. 15 FZA sowie Art. 7 Bst. a und Art. 2 FZA).

Die Gleichbehandlungsgebote verbieten nach der bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens zu berücksichtigenden Rechtsprechung des EuGH nicht nur unmittelbare (offene) Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern auch alle mittelbaren (verdeckten) Formen der Diskriminierung, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zum gleichen Ergebnis, d.h. zu einer unterschiedlichen Behandlung je nach Staatszugehörigkeit, führen würden (vgl. BGE 140 II 112 E. 3.2.1 m.H.; 136 II 241 E. 13.1; Art. 16 Abs. 2 FZA). Danach sind auch solche innerstaatliche Rechtsnormen und Massnahmen als mittelbar diskriminierend zu qualifizieren, die aufgrund ihres Wesens geeignet sind, sich stärker auf Staatsangehörige anderer Vertragsparteien als auf die Staatsangehörigen des Aufnahmestaates auszuwirken und infolgedessen erstere besonders benachteiligen (vgl. BGE 136 II 241 E. 13.1 m.H.; 140 II 112 E. 3.2.1 m.H.; vgl. auch weitere Hinweise vorstehend in E. 5.3).

**6.2** Wenn die Aufnahme oder Ausübung eines reglementierten Berufs in einem Aufnahmestaat vom Besitz bestimmter Berufsqualifikationen abhängig gemacht wird, so gestattet die zuständige Behörde des Aufnahmestaates den Antragsstellern die Aufnahme oder Ausübung dieses Berufs unter denselben Voraussetzungen wie Inländern, sofern sie ein Diplom besitzen, welches in einem anderen Vertragsstaat für die Bewilligung der Aufnahme und Ausübung des Berufs erforderlich ist (Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2005/36/EG; vgl. auch Urteil des BGer 2C\_668/2012 vom 1. Februar 2013 E. 3.1.3). Ob allfällige Ausgleichsmassnahmen anzuordnen sind, bestimmt sich anhand eines Vergleichs der Ausbildungsdauer und des Ausbildungsinhalts mit dem im Aufnahmestaat für die Ausübung des reglementierten Berufs vorgeschriebenen Diplom (Art. 14 der Richtlinie 2005/36/EG). Nach Art. 13 FZA haben sich die Vertragsstaaten sodann verpflichtet, in den unter das Freizügigkeitsabkommen fallenden Bereichen keine neuen Beschränkungen für Staatsangehörige der anderen Vertragsparteien einzuführen (Art. 13 FZA).

Der Wortlaut von Art. 13 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2005/36/EG ist eindeutig und klar. Für die Anerkennung des im Ausland erworbenen Diploms dient derjenige schweizerische Abschluss als Vergleichsobjekt,

der in der Schweiz vorgeschrieben ist, um die in Frage stehende reglementierte Tätigkeit auszuüben (vgl. auch Urteil des EuGH vom 7. Mai 1991 C-340/89 Vlassopoulou, Slg. 1991 I-2357 Rn. 16).

Im vorliegenden Fall handelt es sich um die Tätigkeit eines selbständigen Augenoptikers, weshalb zu untersuchen ist, welcher schweizerische Abschluss in der Schweiz erforderlich ist, um diese Tätigkeit auszuüben.

**6.3** In der Schweiz kann seit Anfang 2012 im Bereich der Augenoptik und Optometrie entweder das eidgenössische Fähigkeitszeugnis oder der Bachelor FH in Optometrie erworben werden, wobei ersteres keinen Zugang zur selbständigen Berufsausübung eröffnet. Das eidg. Diplom des Augenoptikers wird – wie die Vorinstanz korrekt feststellt – seit der Aufhebung des Reglements vom 12. Juni 1991 über die Durchführung der Höheren Fachprüfung im Augenoptikerberuf am 31. Dezember 2011 nicht mehr verliehen.

**6.3.1** Insbesondere die beiden Kantone St. Gallen und Zürich, in denen der Beschwerdeführer den Beruf des Augenoptikers selbständig ausüben möchte, erteilen die dafür notwendige Bewilligung unter der Voraussetzung, dass die gesuchstellende Person entweder die bis Ende 2011 angebotene eidgenössische höhere Fachprüfung in Augenoptik bestanden hat oder über einen Abschluss als Bachelor of Science (FH) in Optometrie verfügt (Art. 2 Bst. i und Art. 25 nuMedBV/ZH i.V.m. Art. 3 ff. des GesG/ZH sowie Art. 3 Abs. 1 Bst. k i.V.m. Art. 6 Abs. 1 und Art. 48 VBG/SG i.V.m. Art. 42 und Art. 46 GesG/SG). Dasselbe ist im neuen Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe vorgesehen, wonach die beiden Diplome für die Erteilung der Berufsausübungsbewilligung gleichgestellt sind und die notwendigen fachlichen Voraussetzungen sowohl bei Optometristen als auch bei Augenoptikern mit einem eidgenössischen Diplom (höhere Fachprüfung) erfüllt sind (vgl. Botschaft GesBG, BBl 2015 8715, 8748 und 8762).

**6.3.2** Die kantonalen Behörden erteilen Personen, die das eidg. Diplom des Augenoptikers oder ein mit diesem als gleichwertig anerkanntes ausländisches Diplom besitzen, die Bewilligungen zur selbständigen Berufsausübung nach wie vor uneingeschränkt, was im Übrigen unbestritten ist. Dementsprechend wurde das Niveau der Ausbildung, die für die Zulassung zur selbständigen Tätigkeit, d.h. für die Erlangung der kantonalen Berufsausübungsbewilligung, erforderlich ist, nicht verändert.

**6.3.3** Inhabern des altrechtlichen eidg. Diploms steht die selbständige Erwerbstätigkeit als diplomierte Augenoptiker weiterhin offen. Desgleichen haben auch Inhaber von ausländischen Diplomen, insb. Inhaber von österreichischen Meisterdiplomen, deren Diplome bereits als gleichwertig anerkannt worden sind, Zugang zur selbständigen Erwerbstätigkeit als Augenoptiker in der Schweiz.

**6.3.4** Aus den obigen Erwägungen ergibt sich, dass die Rechtslage in Bezug auf den Zugang zur selbständigen Tätigkeit als Augenoptiker – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – nicht geändert hat.

**6.4** Die Vorinstanz hat sich geweigert, das österreichische Meisterprüfungszeugnis des Beschwerdeführers mit dem eidg. Diplom des Augenoptikers zu vergleichen.

**6.4.1** Eine solche Verweigerung der Prüfung und damit der Anerkennung der Gleichwertigkeit trifft einzig Inhaber von ausländischen Diplomen und beschränkt bzw. verhindert deren Zugang zur selbständigen Berufsausübung. Dies wirkt sich stärker auf Staatsangehörige anderer Vertragsparteien als auf die Staatsangehörigen des Aufnahme Staates aus, da erstere besonders häufig ausländische Diplome besitzen. Dabei ist unerheblich, dass vorliegend gerade nicht ein Staatsangehöriger einer anderen Vertragspartei, sondern ein Schweizer von der Verweigerung betroffen ist (vgl. vorstehend E. 5.5). Objektive Rechtfertigungsgründe, die eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen vermöchten, sind nicht ersichtlich (vgl. auch einleitende Erwägung Nr. 3 der Richtlinie 2005/36/EG).

**6.4.2** Das Verhalten der Vorinstanz steht klar im Widerspruch mit dem Freizügigkeitsabkommen, das eine Erleichterung des Marktzugangs bezweckt, und ist als unzulässige Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 15 Abs. 1 Anhang I FZA bzw. als widerrechtliche Diskriminierung nach Art. 2 FZA zu qualifizieren.

**6.4.3** Nach dem Gesagten sind alle Staatsangehörigen der Vertragsstaaten hinsichtlich des Marktzugangs unter dem Freizügigkeitsabkommen gleich zu behandeln und es sind von allen dieselben Berufsqualifikationen zu verlangen. Für die selbständige Berufsausübung von Augenoptikern wird, wie erläutert, das eidg. Diplom des Augenoptikers oder der Bachelor FH in Optometrie verlangt. Diese Abschlüsse sind demnach beide alternativ als die von der Schweiz verlangte Berufsqualifikation nach Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2005/36/EG zu erachten, was impliziert, dass beide alternativ

Vergleichsobjekt für die Prüfung der Gleichwertigkeit eines ausländischen Diploms sind. Die Vorinstanz ist somit zu Unrecht davon ausgegangen, dass nur der Bachelor FH in Optometrie als Vergleichsobjekt für die Anerkennung in Frage komme.

## 7.

In den von der Vorinstanz zitierten Urteilen des BVGer B-1300/2014, B-1330/2014, B-1332/2014 und B-1735/2014, alle vom 7. Mai 2015, hatte das Bundesverwaltungsgericht die Anerkennung eines französischen Universitätsabschlusses (Master) und dessen Gleichwertigkeit mit dem schweizerischen Fachhochschultitel «Optometrist» zu beurteilen (vgl. auch Urteil des BVGer B-6452/2013 vom 4. Dezember 2014, wo die Gleichwertigkeit eines deutschen Fachhochschuldiploms mit dem schweizerischen Fachhochschultitel umstritten war). Die Frage, inwieweit die Vorinstanz eine Pflicht zur Prüfung der Gleichwertigkeit mit dem altrechtlichen eidg. Diplom des Augenoptikers hat, wie auch die materielle Prüfung der Gleichwertigkeit des ausländischen Diploms mit dem altrechtlichen Diplom, waren jedoch nicht Gegenstand dieser Verfahren. Dementsprechend kann daraus für die vorliegende Streitsache und die diesbezüglich zu beurteilenden Rechtsfragen nichts abgeleitet werden.

In dem von der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 16. Oktober 2015 zitierten Urteil des Bundesgerichts war sodann ein Berufsdiplom aus einem Drittstaat zu beurteilen (vgl. Urteil des BGer 2C\_417/2011 vom 13. Januar 2012; Urteil des BVGer B-7845/2010 vom 21. April 2011). Dabei waren – entgegen dem vorliegenden Fall – u.a. weder das Freizügigkeitsabkommen noch die Richtlinie 2005/36/EU anwendbar, weshalb auch dieses Urteil für den vorliegenden Fall keine Schlüsse zulässt und demnach unerheblich ist.

Dasselbe gilt für die von der Vorinstanz und dem Beschwerdeführer zitierte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts betreffend die Anerkennung deutscher Meisterdiplome (vgl. BVGE 2015/14; Urteil des BVGer B-1884/2014 vom 13. Juli 2015). In diesen Fällen wurde nicht das Freizügigkeitsabkommen, sondern ein bilaterales Übereinkommen zwischen der Schweiz und Deutschland angewandt. Dieses Abkommen ist vorliegend nicht anwendbar, weshalb die betreffenden Urteile ebenfalls ohne Relevanz für die hier zu beurteilende Streitsache sind.

**8.**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zu Unrecht die Gleichwertigkeit des Meisterprüfungszeugnisses des Beschwerdeführers mit dem altrechtlichen eidg. Diplom des Augenoptikers nicht geprüft hat. Demnach ist die Beschwerde gutzuheissen und die Verfügung der Vorinstanz aufzuheben.

**9.**

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück (Art. 61 Abs. 1 VwVG). Eine Rückweisung an die Vorinstanz ist insbesondere dann angezeigt, wenn diese keine materielle Prüfung der Sache vorgenommen hat (vgl. Urteil des BVGer B-6372/2010 vom 31. Januar 2011 E. 4.1). Angebracht ist eine Rückweisung des Weiteren, wenn die Vorinstanz bei ihrer Entscheidung aufgrund der von ihr eingenommenen Rechtsauffassung einzelne entscheidrelevante Aspekte nicht geprüft hat, die besondere Sachkenntnis bedingen oder bei deren Beurteilung sie einen eigentlichen Ermessensspielraum gehabt hätte (vgl. auch WEISSENBERGER/HIRZEL, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxis-Kommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 61 N 15 ff.).

**9.1** Das Bundesverwaltungsgericht hat vorliegend eine funktionell gebotene Zurückhaltung zu üben, da die Vorinstanz fälschlicherweise davon ausgegangen ist, dass die Anerkennung der Gleichwertigkeit mit dem altrechtlichen Diplom nicht mehr möglich sei, weshalb sie die Frage, ob das Meisterprüfungszeugnis mit dem altrechtlichen eidg. Diplom gleichwertig ist, nicht geprüft hat.

**9.2** Auch wenn sich die Vorinstanz teilweise mit den inhaltlichen Vorbringen des Beschwerdeführers auseinandergesetzt hat, fehlt eine eigentliche materielle Prüfung der Gleichwertigkeit der Diplome. Die Vorinstanz hat nicht geprüft, ob das österreichische Meisterprüfungszeugnis als mit dem eidg. Diplom des Augenoptikers gleichwertig anerkannt werden kann oder ob Ausgleichsmassnahmen bzw. eine Eignungsprüfung erforderlich sind. In solchen Fällen hat das Bundesverwaltungsgericht keinen reformatorischen Entscheid zu fällen. Es ist nicht Aufgabe einer richterlichen Beschwerdeinstanz, eine solche erstmalige materielle Prüfung an Stelle der Verwaltung, die vorliegend zudem über besondere Fachkenntnisse verfügt, vorzunehmen. Vielmehr liegen sachliche Gründe für eine Rückweisung vor, welche die prozessökonomischen Gesichtspunkte in den Hintergrund

drängen. Insbesondere ist die hier auszusprechende Rückweisung als erforderlich und geeignet zu erachten, weshalb sie sich als verhältnismässig erweist. Folglich ist die Streitsache zur Prüfung der Gleichwertigkeit der Diplome und zu neuem Entscheid im Sinne vorstehender Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### **10.**

Bei diesem Verfahrensausgang gilt der Beschwerdeführer als obsiegende Partei, weshalb ihm keine Kosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Vorinstanzen haben keine Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Als obsiegende Partei hat der Beschwerdeführer Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihm erwachsenen notwendigen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Diese umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Parteien (Art. 8 ff. VGKE). Dabei sind Parteikosten dann als notwendig zu betrachten, wenn sie zur sachgerechten und wirksamen Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung unerlässlich erscheinen (vgl. BGE 131 II 200 E. 7.2). Das Anwaltshonorar wird nach dem notwendigen Zeitaufwand des Vertreters bemessen. Der Stundenansatz beträgt für Anwälte mindestens Fr. 200.– und höchstens Fr. 400.– zuzüglich Mehrwertsteuer (Art. 10 VGKE).

Vorliegend hat der Vertreter des Beschwerdeführers zwei Kostennoten eingereicht. Der darin aufgeführte Aufwand von insgesamt 9,2 Stunden sowie die Kleinspesen von Fr. 110.40 (Fr. 93.60 und 16.80) erscheinen angemessen. Dies gilt indessen nicht für den geltend gemachten Stundenansatz von Fr. 400.–, der dem Höchstansatz für Anwaltshonorare gemäss Art. 10 Abs. 2 VGKE entspricht und praxismässig nur bei besonders komplexen Fällen und einem hohen Streitwert zur Anwendung gelangt. Angesichts der verhältnismässig einfachen Sach- und Rechtslage ist der Stundenansatz vorliegend auf Fr. 300.– zu reduzieren.

Darüber hinaus wird ein Honorar von Fr. 100.– für die Erstellung der eingereichten Kostennoten geltend gemacht. Die Abrechnung über den entstandenen Aufwand bzw. die Erstellung und Einreichung einer Kostennote ist als Sekretariatsarbeit zu qualifizieren, als solche im Anwaltshonorar bereits inbegriffen und nicht zusätzlich zu entschädigen.

Die Parteienschädigung ist demnach auf insgesamt Fr. 3'100.05 (inkl. Mehrwertsteuerzuschlag i.S.v. von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE) festzusetzen und der Vorinstanz in ihrer Funktion als verfügende Behörde aufzuerlegen (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

**2.**

Die angefochtene Verfügung des Staatssekretariats für Bildung, Forschung und Innovation vom 3. Juli 2015 wird aufgehoben und die Sache wird zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Dem Beschwerdeführer wird der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**4.**

Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht eine Parteienschädigung von Fr. 3'100.05 auszurichten.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 33952; Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Hanna Marti Adji

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 4. April 2017