



## Urteil vom 4. Juli 2016

---

Besetzung

Richter Ronald Flury (Vorsitz),  
Richter Francesco Brentani,  
Richter Pietro Angeli-Busi  
Gerichtsschreiberin Marion Sutter.

---

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwältin Prof. Dr. iur. Isabelle Häner,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Staatssekretariat für Bildung,  
Forschung und Innovation SBFI,**  
Einsteinstrasse 2, 3003 Bern,  
Vorinstanz,

**Organisation der Arbeitswelt  
Medizinischer Masseur OdA mm,**  
Bahnhofstrasse 7b, 6210 Sursee,  
OdA mm.

---

Gegenstand

Erteilung des eidgenössischen Titels "Medizinischer  
Masseur mit eidgenössischem Fachausweis".

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

A.\_\_\_\_\_ (im Folgenden: Beschwerdeführer) hat vom 15. April 1986 bis zum 7. April 1987 eine Ausbildung bei der Physiotherapie-Schule Konstanz GmbH absolviert und – nach der Leistung der vorgeschriebenen praktischen Tätigkeit von 18 Monaten – die Urkunde des Regierungspräsidiums Freiburg im Breisgau vom 22. Februar 1989 über die Erlaubnis zur Führung der Berufsbezeichnung "Masseur und medizinischer Bademeister" ab dem 1. Januar 1989 erhalten. Am 7. August 2002 prüfte das Schweizerische Rote Kreuz (im Folgenden: SRK) die Ausbildung und die Berufskennntnis des Beschwerdeführers und registrierte diesen als medizinischen Masseur mit Fähigkeitsausweis.

**B.**

Am 28. August 2013 stellte der Beschwerdeführer bei der Organisation der Arbeitswelt Medizinischer Masseure (im Folgenden: OdA mm) ein Gesuch um den Erwerb des eidgenössischen Titels "Medizinischer Masseur mit eidgenössischem Fachausweis". Als Berufserfahrung gab er an, er habe während 48 Monaten bei der B.\_\_\_\_\_ in C.\_\_\_\_\_ sowie während 51 Monaten bei der D.\_\_\_\_\_ in E.\_\_\_\_\_ gearbeitet und sei danach seit (...) 1996 selbständig als medizinischer Masseur tätig gewesen.

Mit Schreiben vom 25. Oktober 2013 teilte die OdA mm dem Beschwerdeführer mit, sie könne sein Gesuch nicht behandeln, da er im Besitze eines ausländischen Ausbildungsabschlusses sei. Ausserdem informierte sie den Beschwerdeführer darüber, dass die Übergangsbestimmung in der Ziff. 9.11 der Prüfungsordnung von März 2009 über die Berufsprüfung Medizinischer Masseur (hiernach: Prüfungsordnung, vgl. BBl 2009 2151) sich lediglich auf die Anerkennung altrechtlicher, inländischer Ausbildungsabschlüsse beziehe. Um eine rechtliche Fehlinterpretation der Bestimmung zu vermeiden, habe das Bundesamt für Berufsbildung und Technologie (im Folgenden: BBT [heute: SBFI]) in seiner Stellungnahme vom 15. Februar 2011 präzisiert, dass die erwähnte Bestimmung nur für inländische Abschlüsse gelte. Damit dürften Personen, die ihre Ausbildung im Ausland absolviert und einen entsprechenden Anerkennungsausweis erhalten hätten, zwar weiterhin die gebräuchliche Berufsbezeichnung "Medizinischer Masseur mit Fähigkeitsausweis SRK" führen, könnten jedoch nicht den geschützten schweizerischen Titel "Medizinischer Masseur mit eidgenössischem Fachausweis" erhalten. Zur Erlan-

gung des Letzteren sei es erforderlich, dass der Beschwerdeführer die entsprechende Berufsprüfung ablege. Mit dem Anerkennungsausweis des SRK erfülle der Beschwerdeführer bereits die Zulassungsbedingung gemäss der Ziff. 3.31 lit. a der Prüfungsordnung.

### C.

Hiergegen erhob der Beschwerdeführer, nunmehr vertreten durch Rechtsanwältin Prof. Dr. iur. Isabelle Häner, am 25. November 2013 Beschwerde beim Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation (im Folgenden: SBFI oder Vorinstanz). Er führte zur Begründung aus, das Schreiben der Vorinstanz vom 25. Oktober 2013 sei nicht als Verfügung bezeichnet und weise auch keine Rechtsmittelbelehrung auf. Inhaltlich lehne das Schreiben indessen sein Gesuch unwiderruflich ab, womit die OdA mm individuell-konkret in Anwendung von Verwaltungsrecht hoheitlich-einseitig und verbindlich über die Entstehung eines Rechtsverhältnisses entschieden habe. Materiell sei das Schreiben deshalb als eine mit Beschwerde anfechtbare Verfügung einer Organisation ausserhalb der Bundesverwaltung im Sinne von Art. 61 Abs. 1 lit. b des Berufsbildungsgesetzes zu qualifizieren. Materiell machte der Beschwerdeführer zusammenfassend geltend, das Merkblatt der OdA mm zum Gesuch um Erwerb des eidg. Titels (EET) Medizinischer Masseur mit eidgenössischem Fachausweis verbiete es zwar Personen mit einem ausländischen Abschluss, mit oder ohne einen Anerkennungsausweis des SRK, ein Gesuch um den Erwerb des eidgenössischen Titels zu stellen. Dies gehe so indessen nicht eindeutig aus der Ziff. 9.11 der Prüfungsordnung hervor. Lediglich die AVO- Ausland der Schweizerischen Sanitätsdirektorenkonferenz (im Folgenden: SDK [heute: GDK]) sei eine genuine Rechtsquelle. Nach Art. 3 dieser Verordnung hätten ausländische Ausbildungsabschlüsse in Bezug auf theoretische Kenntnisse, praktische Fähigkeiten, Dauer der Ausbildung und Mindestalter bei Abschluss den in der Schweiz geltenden Ausbildungsbestimmungen zu entsprechen. Damit würden auch die vom SRK anerkannten ausländischen Abschlüsse die SRK-Bestimmungen einhalten und dem dort verlangten Titel "Medizinischer Masseur mit Fähigkeitsausweis" gleichkommen. Das erwähnte Merkblatt setze damit die SRK-Bestimmungen falsch um. Überdies werde das Gleichbehandlungsgebot verletzt, wenn lediglich Personen mit einem vom SRK anerkannten schweizerischen, nicht aber jenen mit einem ebenfalls vom SRK anerkannten ausländischen Ausbildungsabschluss den Titel "Medizinischer Masseur mit eidgenössischem Fachausweis" auf Gesuch hin erteilt werde. Als Schweizer mit Wohnsitz in der Schweiz berufe sich der Beschwerdeführer ausserdem auf Art. 9 des Freizügigkeits-

Abkommens der Schweiz mit der EU betreffend die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Zeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise. Eine Inländerdiskriminierung sei gestützt auf Art. 2 des erwähnten Abkommens untersagt.

Mit Beschwerdeentscheid vom 19. Mai 2014 wies die Vorinstanz die Beschwerde ab und auferlegte dem Beschwerdeführer die Verfahrenskosten. Zur Begründung führte sie aus, der Entscheid er OdA mm stelle eine anfechtbare Verfügung dar, durch die der Beschwerdeführer berührt sei. Es sei deshalb auf die Beschwerde einzutreten. Die Ziff. 9.11 der Prüfungsordnung setze für die Erteilung des Fachausweises einerseits eine mindestens einjährige Berufserfahrung sowie andererseits das Vorliegen des Fähigkeitsausweises Medizinischer Masseur voraus. Die erforderliche Berufserfahrung sei beim Beschwerdeführer unbestrittenermassen gegeben. Gleichfalls habe er die amtliche Erlaubnis, seine Tätigkeit unter der Berufsbezeichnung "Masseur und medizinischer Bademeister" zu führen. Dagegen scheitere das Gesuch des Beschwerdeführers daran, dass die in Deutschland erworbene Urkunde nicht als Fähigkeitsausweis Medizinischer Masseur im Sinne der Ziff. 9.11 der Prüfungsordnung gelte. Die Bestimmungen der Prüfungsordnung würden gemäss der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts nicht auf einer formellen gesetzlichen Delegation beruhen, sondern mittels Genehmigung durch das SBFI dem öffentlichen Recht des Bundes gleichgestellt. Das Anerkennungsreglement sehe nicht vor, dass Inhaber eines anerkannten ausländischen Ausbildungstitels berechtigt seien, einen geschützten Titel zu tragen. Mit dem von der SRK erlassenen Anerkennungsausweis liege lediglich eine Gleichwertigkeitsbestätigung und nicht ein schweizerischer Ausweis als medizinischer Masseur gemäss dem SRK-Reglement vor. Das SRK habe deshalb dem Beschwerdeführer zu Unrecht den gleichen geschützten Titel verliehen, auf den er (erst) nach bestandenen Schlussexamen gemäss den Bestimmungen für die Ausbildung der medizinischen Masseur für die vom SRK anerkannten Programme vom 16. Oktober 1996 Anspruch hätte. Da der Beschwerdeführer somit lediglich eine Gleichwertigkeitsbestätigung, nicht aber den Fachausweis besitze, dürfe er gemäss der Ziff. 9.11 der Prüfungsordnung nicht den geschützten Titel tragen. Die unterschiedliche Behandlung des schweizerischen Ausweises einerseits und des ausländischen Ausweises andererseits knüpfe nicht am verpönten Kriterium der Staatsangehörigkeit, sondern am Kriterium der Ausbildung an. Da es einen wesentlichen Unterschied ausmache, ob eine Ausbildung in der Schweiz oder im Ausland absolviert wurde, bestehe für die Ungleichbehandlung der Ausbildungsabschlüsse ein sachlicher Grund. Es

liege damit weder eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots noch eine Inländerdiskriminierung vor.

#### **D.**

Diese Verfügung zog der Beschwerdeführer am 18. Juni 2014 weiter ans Bundesverwaltungsgericht mit den Anträgen, es seien der angefochtene Entscheid aufzuheben und ihm der eidgenössische Titel "Medizinischer Masseur mit eidgenössischem Fachausweis" zu erteilen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich Mehrwertsteuerzuschlag. Zur Begründung macht er im Wesentlichen geltend, das SRK habe ihm nicht nur die Gleichwertigkeit seines Ausbildungsabschlusses mit dem Titel "Medizinischer Masseur mit Fähigkeitsausweis" anerkannt, sondern ihn als medizinischen Masseur mit Fähigkeitsausweis – und damit unter dem gleichen Titel wie Absolvierende entsprechender inländischer Ausbildungen – registriert. Hierbei habe das SRK ausdrücklich im Namen der SDK gehandelt. Er habe damit eine Ausbildung abgeschlossen, für die kantonales Recht massgeblich war und die durch eine interkantonale Vereinbarung geregelt werde. Sein Titel habe deshalb nach Inkrafttreten der Berufsbildungsverordnung gestützt auf Art. 75 Abs. 1 BBV als eidgenössisch zu gelten. Die neuere Prüfungsordnung dürfe nicht dazu führen, dass den unter altem Recht gutgläubig erworbenen Titeln der Schutz nach neuem Recht versagt werde. Die Vorinstanz habe im Beschwerdeentscheid die Verleihung des geschützten Titels durch das SRK als unzutreffende Auslegung der massgebenden Bestimmungen kritisiert. Damit habe sie den rechtskräftigen Anerkennungs- und Verleihungsentscheid des SRK in unberechtigter Weise nochmals überprüft, was dem Schutzzweck von Art. 73 Abs. 2 BBG zuwiderlaufe. Der Beschwerdeführer habe den Titel "Medizinischer Masseur FA SRK" in seiner selbständigen beruflichen Tätigkeit stets nach aussen verwendet. Das ErfahrungsMedizinische Register (EMR) habe unter seinem Eintrag alsdann ganz selbstverständlich den neuen Titel "eidg. Fachausweis" ergänzt. Werde ihm nun die Führung des neuen Titels "Medizinischer Masseur mit eidgenössischem Fachausweis" verweigert, so könne sich dies für ihn nicht nur geschäftsschädigend, sondern sogar existenzbedrohend auswirken. Der Vertrauensschutz verlange in dieser Situation, dass die durch den Anerkennungsausweis vom 7. August 2002 vorgenommene Titelverleihung und der seither bestehende Zustand bei der Anwendung des geltenden Rechts berücksichtigt werde. Sein Interesse an dem Vertrauen seiner Kundschaft in seine fachliche Ausbildung sowie die berufliche Kontinuität überwiege das allfällige öffentliche Interesse an einer buchstabengetreuen Anwendung der Prüfungsordnung. Schliesslich seien durch die

Verweigerung des neurechtlichen Titels auch die Wirtschaftsfreiheit sowie die Rechtsgleichheit tangiert. Der Ort des Erwerbs eines Ausbildungsabschlusses stelle keinesfalls einen objektiven Grund dar, der eine Ungleichbehandlung rechtfertige. Inhaltliche Unterschiede zwischen den Ausbildungen könnten zwar eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen, seien indessen vorliegend nicht gegeben. In der Zeit, als der Beschwerdeführer in seiner Ausbildung gestanden sei, habe es in der Schweiz überdies noch gar keine, der Physiotherapie-Schule Konstanz vergleichbar qualifizierte Lehrstätte gegeben, womit er gezwungen gewesen sei, seine Ausbildung im Ausland zu absolvieren. In ihrem Entscheid diskriminiere ihn die Vorinstanz damit indirekt auch aufgrund seines Alters.

#### **E.**

In der Vernehmlassung vom 6. August 2014 beantragt die OdA mm, die Beschwerde sei abzuweisen. Sie führt aus, das SRK habe dem Beschwerdeführer gemäss dessen eigenen Aussagen lediglich einen Anerkennungsausweis ausgestellt. Dieser bestätigte lediglich, dass der Ausbildungsabschluss des Beschwerdeführers den in der interkantonalen Vereinbarung über die Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen vom 18. Februar 1993 sowie den im betreffenden Anerkennungsreglement festgelegten Voraussetzungen entspreche. Zur Führung des entsprechenden Titels sei der Beschwerdeführer indessen nur berechtigt, wenn dies das Anerkennungsreglement ausdrücklich so vorsehe. Gemäss Art. 8 des vorliegend massgebenden Anerkennungsreglements, nämlich der Verordnung der SDK über die Anerkennung von ausländischen Ausbildungsabschlüssen, werde mit der Anerkennung demgegenüber bloss bestätigt, dass die beruflichen Kenntnisse und Fähigkeiten den Anforderungen schweizerischer Berufsausweise entsprächen. Der Beschwerdeführer sei damit lediglich im Besitz einer Gleichwertigkeitsbestätigung. Die Führung des Titels "Medizinischer Masseur mit eidgenössischem Fachausweis" sei Absolventen einer entsprechenden schweizerischen Ausbildung vorbehalten. Dies entspreche auch den Bestimmungen des Bundesgesetzes sowie der Verordnung über die Berufsbildung, gemäss welchen ausländische Ausweise unter bestimmten Voraussetzungen als gleichwertig anerkannt würden, jedoch kein schweizerischer Ausweis ausgestellt werde. In diesem Sinne habe das BBT die OdA mm angewiesen, den eidgenössischen Fachausweis nur auf das Gesuch von Personen hin auszustellen, die ihre Ausbildung in der Schweiz absolviert hätten und im Besitz des SRK-Anerkennungsausweises seien. Dass Personen mit einem ausländischen Ausbildungs-

ausweis lediglich eine Bestätigung über die Gleichwertigkeit mit dem eidgenössischen Titel verlangen könnten, verstosse weder gegen die Rechtsgleichheit noch gegen die Wirtschaftsfreiheit. Für die unterschiedliche Behandlung liege ein sachlicher Grund vor, der nicht an das Kriterium der Staatsangehörigkeit, sondern an die Ausbildung anknüpfe. Es sei – insbesondere im Hinblick auf die neue Ausbildung auf Tertiärstufe, welche zur Führung des neuen Titels berechtige – ein wesentlicher Unterschied, ob eine Ausbildung zum medizinischen Masseur nach den schweizerischen oder nach den deutschen Vorschriften vermittelt worden sei. Der Zugang zur Führung des neuen Titels "Medizinischer Masseur mit eidgenössischem Fachausweis" werde dem Beschwerdeführer auch nicht ungebührlich erschwert, da ihm die Ablegung der entsprechenden Berufsprüfung jederzeit offenstehe.

#### **F.**

In der Vernehmlassung vom 7. August 2014 bringt die Vorinstanz gegen die Ausführungen des Beschwerdeführers vor, die falsche Auskunft beziehungsweise Zusicherung des SRK vermöge die QS-Kommission nicht zu binden und sie zu verpflichten, eine rechtlich falsche Beurteilung des SRK unbesehen zu übernehmen. Für die Erteilung des Fachausweises sei die QS-Kommission zuständig. Diese habe dem Beschwerdeführer nie zugesichert, dass er wegen der (falschen) Qualifikation des SRK prüfungsfrei den Fachausweis erwerben könne. Aus dem Umstand, dass ihn das SRK als medizinischen Masseur mit Fähigkeitsausweis registriert habe, könne der Beschwerdeführer nicht ableiten, dass er aus Gründen des Vertrauensschutzes auch von der QS-Kommission als Inhaber des Fähigkeitsausweises im Sinne der Prüfungsordnung zu qualifizieren sei. Hinzu komme, dass nicht einmal der Beschwerdeführer behauptete, er habe im Vertrauen auf eine (falsche) Auskunft der QS-Kommission Dispositionen getroffen, die er nicht ohne Nachteil rückgängig machen könne. Es stehe ihm indessen frei, die Berufsprüfung zu absolvieren und auf diese Weise den eidgenössischen Fachausweis zu erwerben. Da gemäss eigener Aussage nicht der geringste Grund bestehe, seine Fähigkeiten und Kenntnisse als medizinischer Masseur in Frage zu stellen, sollte es für ihn daher kein Problem sein, diese Prüfung zu bestehen. Auch die Rügen hinsichtlich eines Titelentzuges seien nicht nachvollziehbar, da der Beschwerdeführer einerseits nie Inhaber des Fachausweises gewesen sei und sich die Vorinstanz andererseits nicht dazu geäußert habe, ob der Beschwerdeführer den Titel "Medizinischer Masseur mit Fähigkeitsausweis" weiterhin tragen dürfe. Das EMR-Qualitätslabel der Eskamend

AG, welches suggeriere, der Beschwerdeführer sei Inhaber des eidgenössischen Fachausweises, sei "schlichtweg falsch".

#### **G.**

Am 15. September 2014 repliziert der Beschwerdeführer, das SRK habe ihm – entgegen der Ausführungen der OdA mm – nicht lediglich die Gleichwertigkeit seines ausländischen Ausweises bescheinigt, sondern ihn als medizinischen Masseur mit Fähigkeitsausweis registriert. Die Vorinstanz gehe sodann zu Unrecht davon aus, er habe im Vertrauen auf den ihm verliehenen Titel keine Dispositionen getroffen, die sich nicht ohne einen Nachteil rückgängig machen liessen. Vielmehr habe er den Ausweis des SRK gegen aussen, insbesondere gegenüber Fachorganisationen und Versicherungen, verwendet.

#### **H.**

Innert der mit Verfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. September 2014 angesetzten Frist hat weder die OdA mm noch die Vorinstanz eine Duplik eingereicht.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird – soweit erforderlich und rechtserheblich – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

**1.1** Der Beschwerdeentscheid der Vorinstanz vom 19. Mai 2014 ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Nach Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) in Verbindung mit Art. 33 Bst. d VGG können Verfügungen der Vorinstanz mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig.

**1.2** Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist als Adressat des angefochtenen Beschwerdeentscheids berührt und hat an deren Aufhebung ein schutzwürdiges Interesse (Art. 48 Abs. 1 Bst. a-c VwVG). Er ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert.

**1.3** Eingabefrist sowie Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen (Art. 44 ff. VwVG) liegen vor. Damit ist auf die Beschwerde einzutreten.

## **2.**

Vorab zu klären ist der durch das Bundesverwaltungsgericht zu beurteilende Streitgegenstand.

**2.1** Der Streitgegenstand eines Beschwerdeverfahrens wird durch den Gegenstand der Verfügung (Anfechtungsgegenstand) und die Beschwerdeanträge bestimmt. Der Anfechtungsgegenstand bildet hierbei den Rahmen, der den möglichen Umfang des Streitgegenstands begrenzt (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-736/2015 vom 2. September 2015 E. 1.2.1 m.w.H.).

**2.2** Am 28. August 2013 stellte der Beschwerdeführer bei der OdA mm ein Gesuch um den Erwerb des eidgenössischen Titels "Medizinischer Masseur mit eidgenössischem Fachausweis" gestützt auf die Übergangsbestimmung in der Ziff. 9.11 der Prüfungsordnung. Mit dem vorliegend angefochtenen Beschwerdeentscheid vom 19. Mai 2014 hat die Vorinstanz dem Beschwerdeführer die Erteilung des eidgenössischen Titels "Medizinischer Masseur mit eidgenössischem Fachausweis" verwehrt respektive das entsprechende abschlägige erstinstanzliche Schreiben vom 25. Oktober 2013 (respektive den allfälligen Nichteintretensentscheid; vgl. nachfolgend E. 3.3) bestätigt. Damit ist vorliegend ausschliesslich die Frage der Erteilung des eidgenössischen Titels "Medizinischer Masseur mit eidgenössischem Fachausweis" an den Beschwerdeführer gestützt auf die Übergangsbestimmung in der Ziff. 9.11 der Prüfungsordnung zu prüfen (vgl. hierzu E. 4 ff.). Nicht zu prüfen ist hingegen die allenfalls verbleibende Frage, ob die vom Beschwerdeführer abgeschlossene Ausbildung sowie die erlangte Berufserfahrung mit dem eidgenössischen Titel "Medizinischer Masseur mit eidgenössischem Fachausweis" als gleichwertig anerkannt werden kann (vgl. hierzu E. 5.12).

## **3.**

Zu prüfen ist ausserdem vorab die Zuständigkeit der Erstinstanz für die Prüfung des Gesuchs des Beschwerdeführers um Erteilung des neuen eidgenössischen Titels.

Dabei wird zuerst die gesetzliche Ordnung dargelegt, wie sie unter der Herrschaft des kantonalen beziehungsweise interkantonalen Rechts galt (E. 3.1), um anschliessend die heutige Bundesgesetzgebung darzustellen (E. 3.2).

**3.1** Das Gesundheitswesen wurde bis zum 1. Januar 2004 (Inkrafttreten des BBG) kantonal bzw. interkantonal geregelt (vgl. BBL 2000 5686 S. 5688 sowie insbesondere S. 5709 f.).

**3.1.1** Gemäss der bis zum 1. Januar 2004 geltenden kantonalen Regelung des Gesundheitswesens war das SRK für die Prüfung und Anerkennung von altrechtlichen sowie ausländischen Ausbildungsabschlüssen zuständig. So sah namentlich die Verordnung der SDK über die Anerkennung von ausländischen Ausbildungsabschlüssen vom 20. November 1997 (SR 811.35, im Folgenden: AVO-Ausland) vor, dass ausländische Ausbildungsabschlüsse den Ausbildungsbestimmungen zu entsprechen hatten, die in der Schweiz für die Gesundheitsberufe galten, dies insbesondere in Bezug auf theoretische Kenntnisse, praktische Fähigkeiten, Dauer der Ausbildung und Mindestalter bei Abschluss der Ausbildung. Die letzte berufliche Tätigkeit im Gesundheitswesen durfte hierbei nicht länger als zwei Jahre zurückliegen. Gemäss Art. 5 Abs. 3 AVO-Ausland war das SRK für die Anerkennung ausländischer Ausbildungsabschlüsse bezüglich der im Anhang I aufgeführten Berufe (d.h. insbesondere für medizinische Masseur) zuständig. Gemäss Art. 5 Abs. 4 AVO-Ausland regelte das SRK selber die technischen Fragen und Einzelheiten für die Anerkennung der ausländischen Ausbildungsabschlüsse. Der Anerkennungsausweis bestätigte gemäss Art. 8 AVO-Ausland den über einen ausländischen Berufsausweis verfügenden Personen, dass ihre beruflichen Kenntnisse und Fähigkeiten den Anforderungen der schweizerischen Berufsausweise entsprechen (Anerkennungswirkung).

**3.1.2** Die AVO-Ausland erging gestützt auf die interkantonale Vereinbarung über die Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren (EDK) sowie der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren (GDK) vom 18. Februar 1993 (im Folgenden: interkantonale Vereinbarung; vgl. hierzu E. 2.3). Diese regelt gemäss Art. 1 die Anerkennung kantonalen Ausbildungsabschlüsse (Abs. 1) sowie in Anwendung nationalen und internationalen Rechts die Anerkennung ausländischer Ausbildungsabschlüsse (Abs. 2). Anerkennungsreglemente haben nach Art. 6 der interkantonalen Vereinbarung für einzelne Ausbildungsab-

schlüsse oder für Gruppen verwandter Ausbildungsabschlüsse insbesondere die Voraussetzungen der Anerkennung, das Anerkennungsverfahren und die Voraussetzungen für die Anerkennung ausländischer Ausbildungsabschlüsse festzulegen. Nach Art. 7 der interkantonalen Vereinbarung nennen die Anerkennungsvoraussetzungen die minimalen Anforderungen, denen ein Ausbildungsabschluss genügen muss. Schweizerische Ausbildungs- und Berufsstandards sowie allenfalls internationale Anforderungen sind dabei in angemessener Weise zu berücksichtigen. Zwingend sind die mit dem Abschluss ausgewiesenen Qualifikationen und das Prüfungsverfahren für diese Qualifikationen festzuhalten. Gemäss Art. 8 der interkantonalen Vereinbarung weist die Anerkennung aus, dass der Ausbildungsabschluss den in dieser Vereinbarung und den im betreffenden Anerkennungsreglement festgelegten Voraussetzungen entspricht (Abs. 1). Inhaber und Inhaberinnen eines anerkannten Ausbildungsabschlusses sind nur berechtigt, einen entsprechend geschützten Titel zu tragen, wenn das Anerkennungsreglement dies ausdrücklich vorsieht (Abs. 4).

**3.1.3** Zur Regelung der technischen Fragen und Einzelheiten des Vollzugs hat das SRK gestützt auf Art. 5 Abs. 3 und 4 AVO-Ausland das Reglement über die Anerkennung von ausländischen Ausbildungsabschlüssen vom 12. November 1997 (im Folgenden: Anerkennungsreglement) erlassen, welches am 20. November 1997 durch die SDK genehmigt wurde. Dieses Reglement verweist in den Art. 2 und 3 für die Anerkennungsvoraussetzungen auf die in E. 3.1.1. erwähnte Verordnung AVO-Ausland. Bei Vorliegen dieser Anerkennungsvoraussetzungen erhält der Antragssteller den Anerkennungsausweis des SRK (Art. 5 Abs. 2 des Anerkennungsreglements) und wird im Register des SRK über die Ausweisinhaber registriert (Art. 5 Abs. 3 Anerkennungsreglement).

Nach dem Gesagten war das SRK für die im Jahr 2002 vorgenommene Prüfung und Anerkennung des ausländischen Ausbildungsabschlusses des Beschwerdeführers zuständig.

**3.2** Nach Art. 73 Abs. 2 BBG sind die nach bisherigem Recht erworbenen geschützten Titel weiterhin geschützt. Diesbezüglich konkretisiert Art. 75 BBV in den Absätzen 1 bis 3, dass erstens die Titel von Absolventinnen und Absolventen von Berufsbildungen nach kantonalem Recht mit Inkrafttreten dieser Verordnung als eidgenössisch gelten, wenn sie bisher durch interkantonale Vereinbarungen geregelt waren (Abs. 1), dass zweitens die Gleichwertigkeit von Titeln nach Absatz 1 mit Titeln nach neuen eidgenössischen Regelungen sowie die Bedingungen für allfällige Titelum-

wandlungen in den entsprechenden Bildungserlassen bestimmt werden (Abs. 2) und dass drittens für die Anerkennung der Bildungsgänge und die Titelumwandlungen in Bereichen, die bisher im interkantonalen Recht geregelt waren, das SBFI bis zum Inkrafttreten der Bildungserlasse die massgebenden Bestimmungen des bisherigen interkantonalen Rechts anwendet (Abs. 3). Gemäss Art. 75 Abs. 4 BBV ist neurechtlich im Bereich der Gesundheitsberufe für die Anerkennung der Bildungsgänge und die Titelumwandlungen sowie für die Anerkennung ausländischer Diplome und Ausweise bis zum Inkrafttreten der massgebenden eidgenössischen Bildungserlasse nach wie vor das SRK zuständig, nachdem keine andere Zuständigkeitsregelung in „massgebenden eidgenössischen Bildungserlassen“ vorgesehen ist (vgl. Wortlaut Art. 75 Abs. 4 BBV). Als Rechtsmittelbehörde ist gemäss Art. 61 Abs. 1 lit. b BBG das SBFI vorgesehen.

**3.3** Für die vorliegend in Frage stehende Erteilung des neuen eidgenössischen Fachausweises respektive Umwandlung des bisherigen Titels des Beschwerdeführers "Medizinischer Masseur mit Fähigkeitsausweis SRK" ist nach dem vorstehend Gesagten auch nach neuem Recht das SRK zuständig. Demgegenüber ist bezüglich der vorliegend als Erstinstanz mit der Sache befassten OdA mm keine Zuständigkeit für die Beurteilung der vorliegend fraglichen Erteilung des neuen Titels "Medizinischer Masseur mit eidgenössischem Fachausweis" gegeben. Die von ihr selber erlassene Prüfungsordnung, welche am 19. Juni 2009 durch das BBT (heute: SBFI) genehmigt wurde, begründet keine Zuständigkeit für die Umwandlung von bisherigen (ausländischen) Ausbildungstiteln. Die Zuständigkeit des SRK ist korrekterweise auf Gesetzesstufe geregelt (konkretisiert auf Verordnungsstufe). Diese kann nicht durch ein tieferes Recht – wie vorliegend die Übergangsbestimmung der Prüfungsordnung – derogiert werden. Überdies besagt die Ziff. 7.11 der Prüfungsordnung, dass der eidgenössische Fachausweis vom BBT (heute: SBFI) ausgestellt wird, auf Antrag der QS-Kommission, womit selbst die Prüfungsordnung nicht von einer Entscheidungsbefugnis der OdA mm ausgeht. Gemäss Ziff. 3.33 der Prüfungsordnung wäre schliesslich für die Anerkennung der Gleichwertigkeit von ausländischen Ausweisen und Diplomen – entgegen der vorstehend dargelegten Rechtslage - die Zuständigkeit des BBT (heute: SBFI) vorgesehen. Nach dem Gesagten kann sich die OdA mm auf keine ihre Zuständigkeit begründende Gesetzgebung berufen. Die OdA mm hat sich deshalb in ihrem Schreiben vom 25. Oktober 2013 zu Recht auf die Mitteilung beschränkt, sie könne das Gesuch des Beschwerdeführers nicht behandeln, da der Beschwerdeführer im Besitz ei-

nes ausländischen Ausbildungsabschlusses sei (vgl. hierzu nachfolgend E. 5.3.2 und 5.6).

**3.4** Trotz dieses sinngemässen Nichteintretensentscheides der Erstinstanz hat die für Beschwerden im Bereich der Anerkennung ausländischer Titel zuständige Vorinstanz (vgl. E. 3.2 i.f.) eine materielle Prüfung des Gesuchs des Beschwerdeführers um Erteilung des eidgenössischen Titels "Medizinischer Masseur mit eidgenössischem Fachausweis" vorgenommen. Zu prüfen ist deshalb, ob vorliegend die Unzuständigkeit der Erstinstanz bereits dazu führt, dass der angefochtene Beschwerdeentscheid vom 19. Mai 2014 aufzuheben ist.

**3.5** Mit Blick auf den Grundsatz der Wahrung des Instanzenzuges und in Anwendung der Bestimmung über die Überweisungspflicht (Art. 8 Abs.1 VwVG) bestünde grundsätzlich die Pflicht des Bundesverwaltungsgerichts, die Sache ohne Verzug an die vorliegend zuständige Erstinstanz – das heisst an das SRK – zu überweisen (vgl. z.B. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2771/2015 vom 27. Oktober 2015 E. 7.1; THOMAS FLÜCKIGER, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl., 2016, N. 3 zu Art. 8 VwVG).

Vorliegend hat sich die Unzuständigkeit der Erstinstanz (erst) im Rahmen der materiellen Abklärungen des Bundesverwaltungsgerichts und damit geraume Zeit nach der Beschwerdeerhebung vom 18. Juni 2014 ergeben. Eine Überweisung der Sache an das zuständige SRK *ohne Verzug* im Sinne von Art. 8 Abs. 1 VwVG ist daher nicht mehr möglich. Zu berücksichtigen ist ausserdem die bereits aufgelaufene lange bisherige Verfahrensdauer (ca. eineinhalb Jahre vor der Vorinstanz, ca. zwei Jahre vor dem Bundesverwaltungsgericht). Eine Rückweisung an die zuständige Erstinstanz erscheint deshalb unter diesem Blickwinkel mit dem Grundsatz der Prozessökonomie als nicht vereinbar.

**3.6** Das Bundesgericht lässt das Absehen von einer Rückweisung an die zuständige Behörde unter der doppelten Voraussetzung zu, dass die Unzuständigkeit der Vorinstanz (respektive wie vorliegend: Erstinstanz) nicht gerügt wurde sowie dass aufgrund der gegebenen Aktenlage in der Sache selber entschieden werden kann (BGE 142 V 67 E. 2.1, BGE 139 II 384 E. 2.3 i.f.). In der Literatur wird ausserdem für einen ausnahmsweisen materiellen Entscheid (anstelle der Überweisung an die zuständige Erstinstanz) gefordert, dass keine rechtsstaatliche Prinzipien ernsthaft

tangiert werden und für beide unteren Instanzen dieselbe Beschwerdeinstanz zuständig ist (THOMAS FLÜCKIGER, ebd., N. 15 zu Art. 8 VwVG).

Vorliegend hat der Beschwerdeführer die Unzuständigkeit der Erstinstanz nicht gerügt (vielmehr hat er sein Gesuch bei der OdA mm anhängig gemacht und damit die OdA mm als Erstinstanz des vorliegenden Verfahrens gedeutet). Das Absehen von einer Überweisung der Sache an das zuständige SRK als Erstinstanz verletzt ausserdem keine rechtsstaatlichen Prinzipien. Die Vorinstanz wäre auch im Falle eines Entscheids des SRK gemäss Art. 61 Abs. 1 lit. b BBG als Rechtsmittelinstanz für den angefochtenen Beschwerdeentscheid zuständig gewesen. Ferner hat sich das SBFJ im angefochtenen Beschwerdeentscheid vom 19. Mai 2014 materiell mit dem Anliegen des Beschwerdeführers auseinandergesetzt. Einem materiellen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts steht damit nichts im Wege. Insofern kann die fehlende Zuständigkeit der Erstinstanz vorliegend ausnahmsweise sowie aus prozessökonomischen Gründen als geheilt betrachtet werden.

#### **4.**

Streitig und vorliegend zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer Anspruch auf die Erteilung des eidgenössischen Titels "Medizinischer Masseur mit eidgenössischem Fachausweis" hat.

**4.1** Der vorliegende Sachverhalt fällt grundsätzlich in den Geltungsbereich des Berufsbildungsgesetzes (Art. 2 Abs. 1 des Berufsbildungsgesetzes vom 13. Dezember 2002 [BBG, SR 142.10]). Das BBG regelt sämtliche Berufsbereiche ausserhalb der Hochschulen, so unter anderem die berufliche Grundbildung (einschliesslich der Berufsmaturität), die höhere Berufsbildung, die berufsorientierte Weiterbildung und die Qualifikationsverfahren, Ausweise und Titel (Art. 2 Abs. 1 Bst. a - d BBG) und überträgt dem Bundesrat die Regelung der Anerkennung ausländischer Diplome und Ausweise der Berufsbildung im Geltungsbereich des BBG (Art. 68 Abs. 1 BBG). Zur Förderung der internationalen Zusammenarbeit und Mobilität in der Berufsbildung kann der Bundesrat in eigener Zuständigkeit internationale Vereinbarungen abschliessen (Art. 68 Abs. 2 BBG). Der Bundesrat erlässt die Ausführungsbestimmungen, wo das Gesetz die Zuständigkeit nicht anders regelt (Art. 65 Abs. 1 BBG). Mit dem Erlass der Berufsbildungsverordnung vom 19. November 2003 (BBV, SR 412.101) hat der Bundesrat diesen Auftrag erfüllt.

**4.2** Am 1. Januar 2015 wurden mit dem Anhang Ziff. 2 der Verordnung vom 12. November 2014 zum Hochschulförderungs- und -koordinationsgesetz die Bestimmungen der BBV in Bezug auf die Anerkennung ausländischer Abschlüsse modifiziert (AS 2014 4137). Insbesondere traten so neue Art. 69 (Eintreten), 69a (Reglementierte Berufe) und 69b (Nicht reglementierte Berufe) BBV in Kraft. Nachdem diese Änderungen erst nach Erlass des angefochtenen Beschwerdeentscheids vom 19. Mai 2014 ergingen, ist vorliegend das alte BBV, in Kraft bis Ende Jahr 2014, anwendbar (vgl. BGE 139 II 243 E. 11.1; Urteil des Bundesgerichts 1C\_23/2014 vom 14. März 2015 E. 7.4.2; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-6277/2014 vom 16. Juni 2015 E. 3.2.3, A-2771/2014 vom 12. Juni 2015 E. 4.1 und A-3357/2014 vom 16. Dezember 2014 E. 4.1.1). Mit den nachfolgend wiedergegebenen Artikeln des BBV ist jeweils diese ältere Fassung des BBV gemeint. In dieser ist die Anerkennung ausländischer Diplome und Ausweise in Art. 69 BBV geregelt. Hiernach ist ein ausländisches Diplom oder ein ausländischer Ausweis im Vergleich zu einem schweizerischen Diplom oder Ausweis gleichwertig, wenn kumulativ die gleiche Bildungsstufe gegeben ist (Bst. a), die Bildungsdauer äquivalent ist (Bst. b), die Inhalte vergleichbar sind (Bst. c) und der Bildungsgang neben theoretischen auch praktische Qualifikationen umfasst (Bst. d).

**4.3** Unter Herrschaft des Art. 34 Abs. 1 lit. g der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (aBV) war der Bund im Bereich der Berufsausbildung lediglich befugt, diesbezüglich Vorschriften in Industrie, Gewerbe, Handel, Landwirtschaft und Hausdienst aufzustellen. Die berufliche Ausbildung im Gesundheitsbereich, unter anderem diejenige der medizinischen Masseure, lag im Zuständigkeitsbereich der Kantone. Mit Art. 63 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV; SR 101) wurde die Bundeskompetenz auf die ganze berufliche Ausbildung erweitert. Dementsprechend gilt das Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Berufsbildung (BBG, SR 412. 10) seither auch für die Gesundheitsberufe. Erst mit der Revision des Fachhochschulgesetzes vom 17. Dezember 2004 wurden die Gesundheitsberufe dann auch in das Fachhochschulsystem einbezogen (vgl. BBI 2004 S. 151) und zugleich das so genannte Bologna-System<sup>1</sup> für die Fachhochschulen umgesetzt (Art. 4 FHSG in der Fassung vom 17. Dezember 2004 [AS 2005 4635, vgl. nunmehr Bundesgesetz vom 30. September 2011 über die Förderung der Hochschulen und die Koordination im schweizerischen Hochschulbereich {Hochschulförderungs- und -koordinationsgesetz, HFKG, SR 414.20}); zum Ganzen vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_937/2014 vom 3. Dezember 2015 E. 2.1).

Im Zuge der vom Plenum der SDK im Mai 1999 verabschiedeten neuen Bildungssystematik für die Berufe im Gesundheitswesen wurden sämtliche Diplomausbildungen zukünftig auf Tertiärstufe angehoben. Diese Neuerung lag darin begründet, dass die Tertiarisierung der Diplompflegerberufe in Europa sowie innerhalb der Schweiz de facto im Tessin und in der Romandie bereits umgesetzt war. Sie bedeutet insbesondere, dass die entsprechenden Ausbildungen neu eine bereits abgeschlossene Erstausbildung (also eine Ausbildung auf Sekundarstufe II) voraussetzen. So handelt es sich auch bei der Ausbildung zum medizinischen Masseur mit Fachausweis um eine Zweitausbildung, welche eine vorangehende, mit einem eidgenössischen Fähigkeitsausweis abgeschlossene Erstausbildung erfordert (tertiäre Stufe; siehe Berufsprofil zur Berufsprüfung medizinischer Masseur mit eidgenössischem Fachausweis der OdA mm, Ziff. 9).

**4.4** Gemäss Art. 27 des Berufsbildungsgesetzes vom 13. Dezember 2002 (BBG, SR 412.10) kann die höhere Berufsbildung durch eine eidgenössische Berufsprüfung, eine eidgenössische höhere Fachprüfung oder durch eine eidgenössisch anerkannte Bildung an einer höheren Fachschule erworben werden. Gemäss Art. 28 BBG setzen die eidgenössischen Berufsprüfungen und die höheren Fachprüfungen eine einschlägige berufliche Praxis und einschlägiges Fachwissen voraus (Abs. 1). Die zuständigen Organisationen der Arbeitswelt (nach Art. 1 Abs. 1 BBG) regeln die Zulassungsbedingungen, Lerninhalte, Qualifikationsverfahren, Ausweise und Titel. Sie berücksichtigen dabei anschliessende Bildungsgänge. Die Vorschriften unterliegen der Genehmigung durch das SBFI (Abs. 2). Gemäss Art. 36 BBG sind nur Inhaber eines Abschlusses der beruflichen Grundbildung und der höheren Berufsbildung berechtigt, den in den entsprechenden Vorschriften festgelegten Titel zu führen. Nach Art. 43 BBG erhält den Fachausweis, wer die eidgenössische Berufsprüfung bestanden hat (Abs. 1). Der Fachausweis wird vom SBFI ausgestellt (Abs. 2). Dieses führt ein Register mit den Namen der Inhaber der Fachausweise (Abs. 3).

**4.5** Die OdA mm hat gestützt auf Art. 28 Abs. 2 BBG die Prüfungsordnung von März 2009 erlassen. Hiernach bezweckt die Berufsprüfung, die persönlichen und fachlichen Kompetenzen bzw. die Voraussetzungen zu überprüfen, die befähigen, den Beruf eines medizinischen Masseurs auszuüben (Ziff. 1.1 der Prüfungsordnung). In der Ziff. 2.1 sieht die Prüfungsordnung eine Kommission für Qualitätssicherung (QS-Kommission) vor, welcher alle Aufgaben im Zusammenhang mit der Fachausweisertei-

lung übertragen sind. Gemäss Ziff. 2.21 ist diese namentlich zuständig für den Erlass und die regelmässige Aktualisierung der Wegleitung zur Prüfungsordnung (lit. a) sowie die Beurteilung der Abschlussprüfung und den Entscheid über die Erteilung des Fachausweises (lit. i; Ziff. 4.51). Der eidgenössische Fachausweis wird alsdann auf Antrag der QS-Kommission vom BBT (heute: SBFI) ausgestellt und von dessen Direktor und dem Präsidenten der QS-Kommission unterzeichnet (Ziff. 7.11). Die Fachausweisinhaber sind berechtigt, den geschützten Titel "Medizinischer Masseur mit eidgenössischem Fachausweis" zu führen (Ziff. 7.12). Gemäss den Übergangsbestimmungen erhält den Fachausweis ebenfalls, wer gemäss den Bestimmungen für die Ausbildung der medizinischen Masseure für die vom SRK anerkannten Programme vom 16. Oktober 1996 Inhaber des Fähigkeitsausweises ist, sofern er mindestens eine einjährige Berufspraxis (zu 100 % oder äquivalente Teilzeit) als medizinischer Masseur nachweisen kann (Ziff. 9.11) und ein entsprechendes Gesuch schriftlich bis zum 31. Dezember 2014 bei der OdA mm stellt (Ziff. 9.12).

Die Prüfungsordnung trat am 19. Juni 2009 mit der Genehmigung des BBT (heute: SBFI) in Kraft. Jenes erläuterte ergänzend in seiner Stellungnahme vom 15. Februar 2011, den Fachausweis im Sinne der Ziff. 9.11 der Prüfungsordnung könnten lediglich Personen erlangen, die ihre Ausbildung in der Schweiz absolviert haben. Personen, die ihre Ausbildung im Ausland absolviert haben, könnten demgegenüber lediglich eine Gleichwertigkeitsbestätigung mit dem eidgenössischen Fachausweis beantragen. Die von dem für die Genehmigung der Prüfungsordnung zuständigen BBT (heute: SBFI; vgl. Art. 29 Abs. 2 BBG) festgelegte Auslegungsvorschrift ist als einen Bestandteil der Prüfungsordnung zu betrachten. Sie entspricht dem im schweizerischen Berufsbildungsrecht geltenden Grundsatz, wonach ausländische Ausbildungsabschlüsse bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen in der Schweiz lediglich als gleichwertig anerkannt werden können, jedoch im Anschluss auf das durchgeführte Anerkennungsverfahren – trotz allfälliger Gleichwertigkeit – kein neuer schweizerischer Titel ausgestellt wird (Art. 68 Abs. 2 BBG i.V.m. Art. 69 ff. BBV). Diplome und Ausbildungstitel ihrerseits werden lediglich von den Schulen ausgestellt, in denen die Ausbildung und die Prüfung absolviert wurde (vgl. [www.sbf.admin.ch](http://www.sbf.admin.ch), Themen -> Anerkennung ausländischer Diplome -> Häufig gestellte Fragen [FAQ] -> Anerkennungsverfahren).

**4.6** Im Merkblatt vom 2. November 2011 zum Gesuch um Erwerb des eidg. Titels (EET) Medizinischer Masseur mit eidgenössischem Fachausweis gemäss den Übergangsbestimmungen der Prüfungsordnung vom 19. Juni 2009 fasst die OdA mm die eigene Praxis wie folgt zusammen: Hiernach können diejenigen Personen ohne Absolvierung der Berufsprüfung ein Gesuch um Erwerb des eidgenössischen Titels stellen, welche erstens im Besitz eines Fähigkeitsausweises für ein vom SRK anerkanntes Ausbildungsprogramm für medizinische Masseure, eines nach Abschluss der Anerkennungsprüfung ausgestellten Anerkennungsausweises des SRK oder eines nach Beendigung des Anerkennungsverfahrens eines kantonalen Abschlusses ausgestellten Anerkennungsausweises des SRK sind, zweitens vom SRK als "Medizinische Masseure mit Fähigkeitsausweis" registriert wurden und drittens eine mindestens einjährige Berufspraxis (zu 100 % oder äquivalente Teilzeit) als medizinischer Masseur nachweisen können. Das Merkblatt verwehrt es demgegenüber Personen mit einem schweizerischen Abschluss ohne Anerkennungsausweis des SRK sowie Personen mit einem ausländischen Abschluss – unabhängig vom Vorliegen eines Anerkennungsausweises des SRK – ausdrücklich, ein Gesuch um Erwerb des eidgenössischen Titels zu stellen. Jene Personen hätten für den Erhalt des Titels "Medizinischer Masseur mit eidgenössischem Fachausweis" die Berufsprüfung zu absolvieren.

**4.7** Der Beschwerdeführer beantragt, es sei ihm gestützt auf den Anerkennungsausweis des SRK vom 7. August 2002 den neuen schweizerischen Titel "Medizinischer Masseur mit eidgenössischem Fachausweis" zu erteilen.

Wie in der Erwägung 4.5 f. dargestellt, ist die Ziff. 9.11 der Prüfungsordnung lediglich auf Personen anwendbar, die ihre Ausbildung in der Schweiz absolviert haben. Zu prüfen ist damit, ob der Beschwerdeführer als Inhaber eines schweizerischen Ausbildungsabschlusses zu qualifizieren ist.

## **5.**

Der Beschwerdeführer macht im vorliegenden Beschwerdeverfahren geltend, das SRK habe ihm nicht nur die Gleichwertigkeit seines deutschen Ausbildungsabschlusses mit dem Titel "Medizinischer Masseur mit Fähigkeitsausweis" anerkannt, sondern ihn zugleich als medizinischen Masseur mit Fähigkeitsausweis – und damit unter dem gleichen Titel wie Absolvierende entsprechender inländischer Ausbildungen – registriert. Er habe damit eine Ausbildung abgeschlossen, für die kantonales Recht

massgeblich sei und die durch eine interkantonale Vereinbarung geregelt werde. Sein Titel gelte deshalb nach Inkrafttreten der Berufsbildungsverordnung gestützt auf Art. 75 Abs. 1 BBV als eidgenössisch.

Die Erstinstanz hält dem in ihrer Vernehmlassung vom 6. August 2014 entgegen, das SRK habe dem Beschwerdeführer lediglich einen Anerkennungsausweis und damit eine Gleichwertigkeitsbescheinigung ausgestellt, die belege, dass der Ausbildungsabschluss des Beschwerdeführers den in der interkantonalen Vereinbarung sowie im Anerkennungsreglement festgelegten Voraussetzungen entspreche.

Die Vorinstanz stellt sich in der Vernehmlassung vom 7. August 2014 auf den Standpunkt, das SRK habe eine falsche Auskunft bzw. Zusicherung gemacht, welche die QS-Kommission nicht zu binden vermöge. Die Registrierung des Beschwerdeführers durch das SRK als medizinischer Masseur mit Fähigkeitsausweis bedeute deshalb nicht, dass dieser als Inhaber des Fähigkeitsausweises im Sinne der Prüfungsordnung zu qualifizieren sei.

**5.1** Aufgrund der vorliegenden Akten steht unbestrittenermassen fest, dass der Beschwerdeführer in der Zeit vom 15. April 1986 bis zum 7. April 1987 eine Ausbildung in Deutschland bei der Physiotherapie-Schule Konstanz GmbH als Masseur/medizinischer Bademeister absolviert hat. Gemäss dem vom Beschwerdeführer ins Recht gelegten Rahmenplan der Physiotherapie-Schule Konstanz GmbH von 1984, 3. Auflage, war der von ihm besuchte Lehrgang in einen theoretischen Teil von mindestens 600 Stunden und praktische Übungen von mindestens 1200 Stunden gegliedert.

**5.2** Nach der zusätzlichen Absolvierung einer praktischen Tätigkeit während der Dauer von eineinhalb Jahren erlaubte das Regierungspräsidium Freiburg im Breisgau dem Beschwerdeführer am 22. Februar 1989, die Berufsbezeichnung "Masseur und medizinischer Bademeister" zu führen. Hierbei stützte sich das Regierungspräsidium Freiburg im Breisgau auf das deutsche Gesetz über die Ausübung der Berufe des Masseurs, des Masseurs und medizinischen Bademeisters und des Krankengymnasten vom 21. Dezember 1958 (Bundesgesetzblatt I S. 985) in der Fassung vom 25. Juni 1969 (BGBl. I S. 645). Beim Titel "Masseur und medizinischer Bademeister" handelt es sich damit zweifelsohne um einen ausländischen Ausbildungsabschluss.

**5.3** Mit Anerkennungsausweis vom 7. August 2002 hat das SRK den Beschwerdeführer als medizinischen Masseur mit Fähigkeitsausweis registriert. Auf dem Anerkennungsausweis hielt das SRK fest, es anerkenne gemäss den Verordnungen der SDK über die Anerkennung von ausländischen und kantonalen Ausbildungsabschlüssen vom 20. November 1997 bzw. vom 20. Mai 1999 Ausbildungsabschlüsse, sofern sie den geltenden Anerkennungsanforderungen entsprechen und registriere die Ausweisinhaberinnen und Ausweisinhaber.

**5.3.1** Das SRK übernahm bis zum 1. Januar 2004 nicht nur die Aufgabe, frühere kantonale Titel anzuerkennen, sondern war auch zuständig für die Anerkennung ausländischer Ausbildungsabschlüsse (vgl. hierzu E. 3.1.1 respektive die auf dem Anerkennungsausweis wiedergegebene Zuständigkeitsregelung des SRK). Bei dem durch das Regierungspräsidium Freiburg im Breisgau verliehenen Titel nach Absolvierung der Ausbildung an der Physiotherapie-Schule Konstanz GmbH handelt es sich wie erwähnt um einen ausländischen Ausbildungsabschluss (E. 5.2). Auf den Beschwerdeführer sind damit zum Vornherein die für frühere kantonale Ausbildungsabschlüsse geltenden rechtlichen Regelungen nicht anwendbar. Bezüglich ausländischer Ausbildungsabschlüsse gilt in der Regel, dass diese in der Schweiz lediglich anerkannt respektive als mit der schweizerischen Ausbildung gleichwertig befunden werden können, dass jedoch kein neuer schweizerischer Titel ausgestellt wird (vgl. E. 4.5 Abs. 2). Derselbe Grundsatz wurde in der AVO-Ausland verankert (E. 3.1.2). Das SRK hat sodann im eigenen Anerkennungsreglement – entsprechend ihrer Kompetenz für den Erlass von Vollzugsvorschriften – keine von diesem Grundsatz abweichende Regelung erlassen, sondern für die Anerkennungs Voraussetzungen ausdrücklich auf die AVO-Ausland verwiesen (E. 3.1.3). Diese Umstände sprechen gegen die vom Beschwerdeführer behauptete Ausstellung des schweizerischen Titels durch das SRK.

**5.3.2** Aus den SRK-Bestimmungen geht sodann eindeutig hervor, dass es der Schule, welche eine Ausbildung für medizinische Masseure anbietet, obliegt, den Ausbildungsabschluss mittels Erteilung des schweizerischen Titels (Fähigkeitsausweis) zu verleihen. Das SRK seinerseits unterzeichnet anschliessend den von der Schule bereits ausgestellten Ausweis ebenfalls. Das SRK hat dementsprechend zu keinem Zeitpunkt selber die Fähigkeitsausweise für medizinische Masseure verliehen. Eine solche Verleihung von Fähigkeitsausweisen durch das SRK war denn auch in den entsprechenden gesetzlichen Grundlagen nie vorgesehen (vgl.

E. 3.1.3). Dem Anerkennungsausweis vom 7. August 2002 ist sodann zu entnehmen, dass das SRK gestützt auf die AVO-Ausland überprüft hat, ob der ausländische Ausbildungsabschluss des Beschwerdeführers den Anforderungen an Ausbildungsabschlüsse medizinischer Masseure nach schweizerischem Recht (resp. gemäss den SRK-Bestimmungen) entspricht, was es anschliessend mit dem Anerkennungsausweis bestätigt hat. Die Registrierung des Beschwerdeführers als medizinischer Masseur ist in Art. 5 Abs. 3 Anerkennungsreglement ausdrücklich vorgesehen und bestätigt damit lediglich, dass die Anerkennungsvoraussetzungen im Zeitpunkt der Registrierung vorlagen. Der Beschwerdeführer folgert somit aus dem Umstand, dass das SRK ihn als medizinischen Masseur registriert hat, zu Unrecht, das SRK habe ihm den schweizerischen Titel als solchen verliehen.

**5.4** Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe mit dem angefochtenen Beschwerdeentscheid den rechtskräftigen Anerkennungs- und Verleihungsentscheid des SRK in unberechtigter Weise nochmals überprüft. Nachdem das SRK, wie in E. 5.3.2 dargelegt, lediglich eine Gleichwertigkeitsbescheinigung (wörtlich: einen "Anerkennungsausweis") erstellt und dem Beschwerdeführer keinen schweizerischen Titel verliehen hat, geht diese Rüge des Beschwerdeführers fehl. Die Registrierung des Beschwerdeführers als medizinischer Masseur mit Fähigkeitsausweis im Sinne der Gleichwertigkeitsbescheinigung hat die Vorinstanz denn auch nicht kritisiert respektive neu überprüft. Mangels Verleihung eines nach bisherigem Recht geschützten schweizerischen Titels durch das SRK kann sich der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang nicht auf Art. 73 Abs. 2 BBG (vgl. E. 3.2) berufen. Insgesamt ändern die Ausführungen des Beschwerdeführers nichts daran, dass er mit dem Anerkennungsausweis des SRK vom 7. August 2002 lediglich im Besitz einer Gleichwertigkeitsbescheinigung ist, ihm der schweizerische Titel "Medizinischer Masseur mit Fähigkeitsausweis" jedoch als solcher nicht verliehen worden ist.

**5.5** Der Beschwerdeführer macht des Weiteren geltend, er habe den bisherigen Titel "Medizinischer Masseur FA SRK" stets in gutem Glauben in seiner selbständigen beruflichen Tätigkeit nach aussen verwendet. Der in Art. 9 der schweizerischen Bundesverfassung vom 18. April 1999 (SR 101, BV) verankerte Vertrauensschutz verlange in dieser Situation, dass die durch den Anerkennungsausweis vom 7. August 2002 vorgenommene Titelverleihung und der seither bestehende Zustand bei der Anwendung des geltenden Rechts berücksichtigt werde.

Wie vorangehend in der Erwägung 5.3.2 dargelegt, war der Beschwerdeführer nie im Besitz des schweizerischen Titels "Medizinischer Masseur mit Fähigkeitsausweis". Vielmehr hat das SRK den ausländischen Ausbildungsabschluss des Beschwerdeführers mit dem Anerkennungsausweis vom 7. August 2002 als mit der schweizerischen Ausbildung des medizinischen Masseurs mit Fähigkeitsausweis für gleichwertig befunden. Ob der erwähnte Anerkennungsausweis des SRK den Beschwerdeführer berechtigte, den schweizerischen Titel "Medizinischer Masseur mit Fähigkeitsausweis" respektive – wie vom Beschwerdeführer angegeben – "Medizinischer Masseur FA SRK" nach aussen zu tragen, ist vorliegend nicht Streitgegenstand (vgl. E. 2). Im Übrigen haben weder die Vorinstanz noch die Erstinstanz dem Beschwerdeführer das Tragen jenes Titels untersagt. Streitig ist vorliegend ausschliesslich die Verleihung des neuen schweizerischen Titels "Medizinischer Masseur mit eidgenössischem Fachausweis". Ob die Voraussetzungen für die Erteilung dieses Titels im Rahmen der Übergangsbestimmungen gemäss der Prüfungsordnung vorliegend gegeben sind, ist nachfolgend zu prüfen.

**5.6** Indem der Beschwerdeführer nach dem Gesagten als Inhaber eines ausländischen Ausbildungsabschlusses zu qualifizieren ist, kann er sich nicht auf die lediglich für inländische Ausbildungsabschlüsse geltende Übergangsbestimmung gemäss der Ziff. 9.11 der Prüfungsordnung (E. 4.5) berufen. Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer daher zu Recht eine Erteilung neuen Titels "Medizinischer Masseur mit eidgenössischem Fachausweis" gestützt auf jene Bestimmung verweigert.

**5.7** Der Beschwerdeführer stellt sich in seiner Beschwerdeschrift auf den Standpunkt, es sei hinsichtlich der Umsetzung der erwähnten Übergangsbestimmung eine Interessenabwägung vorzunehmen, im Rahmen derer sein Interesse an dem Vertrauen seiner Kundschaft in seine fachliche Ausbildung sowie die berufliche Kontinuität höher zu gewichten sei als das allfällige öffentliche Interesse an einer buchstabengetreuen Anwendung der Prüfungsordnung. Aufgrund dieser Interessenabwägung sei ihm der schweizerische Fachausweis gestützt auf die Ziff. 9.11 der Prüfungsordnung zu erteilen.

**5.7.1** Eine Interessenabwägung wird vorgenommen, wenn die Verwirklichung bestimmter öffentlicher Interessen im Einzelfall privaten oder anderen öffentlichen Interessen entgegenstehen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 2016, Rz. 496). Die Vornahme einer Interessenabwägung setzt einen Ermessensspielraum voraus (vgl.

zum Beispiel Urteil des Bundesgerichts 1C\_76/2008 vom 5. September 2008) und dient namentlich dazu, einen besonders weiten Handlungsspielraum (wie zum Beispiel im Planungs- um Umweltrecht) kontrolliert zu konkretisieren (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., 2014, § 26 Rz. 34-36).

**5.7.2** Wie bereits in der Erwägung 5.1 ausgeführt, gilt die Ziff. 9.11 der Prüfungsordnung ausschliesslich für Inhaber inländischer Ausbildungsabschlüsse. Damit hat der Beschwerdeführer als Inhaber eines ausländischen Ausbildungsabschlusses zum Vornherein keinen Anspruch auf die Erteilung des schweizerischen Fachausweises im Rahmen der Übergangsbestimmungen. Die Vornahme einer Interessenabwägung ist unter diesen Umständen nicht geboten.

**5.8** Der Beschwerdeführer beanstandet sodann, die Regelung gemäss der Ziff. 9.11 der Prüfungsordnung respektive die Nichterteilung des schweizerischen Fachausweises verletzte seine Wirtschaftsfreiheit. Durch die Verweigerung des neurechtlichen Titels drohten ihm schwerwiegende Nachteile für seine selbständige Berufstätigkeit bis hin zur Gefährdung seiner wirtschaftlichen Existenz.

Die Erstinstanz erwidert in ihrer Vernehmlassung vom 6. August 2014, die Wirtschaftsfreiheit des Beschwerdeführers werde vorliegend nicht beeinträchtigt, da es dem Beschwerdeführer nach wie vor möglich sei, unter seinem bisherigen Titel seine selbständige Tätigkeit ohne Einschränkung zu praktizieren.

**5.8.1** Die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 und 94 BV) schützt die freie wirtschaftliche Betätigung, das heisst jede auf Erzielung eines Gewinnes oder eines Erwerbseinkommens gerichtete privatwirtschaftliche Tätigkeit. Es spielt keine Rolle, ob die Tätigkeit selbständig oder unselbständig, hauptberuflich oder nebenberuflich ausgeübt wird. Insbesondere wird die freie Wahl des Berufes, der freie Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit und deren freie Ausübung geschützt (Art. 27 Abs. 2 BV). Die Wirtschaftsfreiheit kann eingeschränkt werden, wenn die Einschränkung auf einer gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV) sowie im öffentlichen Interesse liegt (Art. 36 Abs. 2 BV) und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt wird (Art. 36 Abs. 3 BV).

**5.8.2** Der Beschwerdeführer kann sich als selbständig erwerbstätiger medizinischer Masseur auf die Wirtschaftsfreiheit berufen (Urteil des

Bundesgerichts 2P.289/2003 vom 26. März 2004 E. 3.1). Die Möglichkeit, einen gesamtschweizerisch gültigen Titel zu tragen, kann denn auch ökonomische Vorteile mit sich bringen, die unter dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit stehen (Urteil des Bundesgerichts 2C\_561/2007 vom 6. November 2008 E. 4.2). Die Nichterteilung des eidgenössischen Fachausweises fällt damit in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit.

**5.8.3** Die gesetzliche Grundlage muss sowohl das Erfordernis des Rechtssatzes als auch das Erfordernis der genügenden Normstufe erfüllen. Schwere Eingriffe in das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit, beispielsweise ein Bewilligungszwang für die Berufsausübung, bedürfen einer Grundlage im formellen Gesetz. Bei weniger schweren Eingriffen kann eine Verordnung genügen, sofern sie von der zuständigen Behörde erlassen worden ist und sich im Rahmen der Gesetzesdelegation bewegt.

**5.8.3.1** Die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Verletzung der Wirtschaftsfreiheit geht nicht unmittelbar aus der Ziff. 9.11 der Prüfungsordnung hervor. Vielmehr bezieht sich der Beschwerdeführer mit seiner Rüge implizit auf die diesbezüglich vom BBT (heute: SBFI) am 15. Februar 2011 erlassene Auslegungsvorschrift, wonach den Fachausweis im Sinne der Ziff. 9.11 der Prüfungsordnung lediglich Personen erlangen könnten, die ihre Ausbildung in der Schweiz absolviert haben. Diese Differenzierung zwischen Inhabern von schweizerischen Ausbildungsabschlüssen sowie Inhabern ausländischer Ausbildungsabschlüsse basiert auf dem schweizerischen Berufsbildungsrecht, namentlich den Art. 68 Abs. 1 BBG i.V.m. Art. 69 ff. aBBV (E. 4.5 Abs. 2). Die Bestimmungen des BBG und des BBV sehen vor, dass Inhaber von ausländischen Diplomen ein Gleichwertigkeitsverfahren zu durchlaufen haben.

**5.8.3.2** Die vom Beschwerdeführer kritisierte Differenzierung stellt vorliegend keinen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit des Beschwerdeführers dar, nachdem von dieser lediglich der – prüfungsfreie – Erwerb eines zusätzlichen, gesamtschweizerisch gültigen Titels und nicht die weitere Berufsausübung des Beschwerdeführers abhängt. Der Beschwerdeführer kann unter dem von ihm geführten Titel "Medizinischer Masseur mit Fähigkeitsausweis SRK" seine bisherige selbständige berufliche Tätigkeit unverändert fortsetzen. Wie in E. 5.5 Abs. 2 bereits dargelegt, wurde von den zuständigen Fachbehörden zu keinem Zeitpunkt gefordert, dass der Beschwerdeführer künftig davon absehe, den Titel "Medizinischer Masseur mit Fähigkeitsausweis" nach aussen zu tragen. Schliesslich verunmöglicht die Ziff. 9.11 der Prüfungsordnung dem Beschwerdeführer denn

auch nicht generell den Erwerb des neuen Titels, sondern verwehrt es ihm lediglich, ein Gesuch um einen prüfungsfreien Erwerb des neuen eidgenössischen Titels im Sinne der erwähnten Übergangsbestimmung zu stellen. Es bleibt dem Beschwerdeführer unbenommen, zur Erlangung des neuen Titels die entsprechende Berufsprüfung zu absolvieren, wie die Erstinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 6. August 2014 zu Recht ausführt.

**5.8.3.3** Für den nach dem Gesagten weniger schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit (E. 5.8.3.2) ist als gesetzliche Grundlage eine Verordnung (vorliegend Art. 69 ff. aBBV) genügend, nachdem diese von dem hierfür zuständigen Schweizerischen Bundesrat erlassen worden ist und sich im Rahmen der Gesetzesdelegation von Art. 68 Abs. 1 BBG bewegt. Das BBG erfüllt seinerseits die Erfordernisse des Rechtssatzes sowie der genügenden Normstufe.

**5.8.4** In den Berufen des Gesundheitswesens besteht ein erhebliches öffentliches Interesse daran, dass nur fähige Leute tätig sind, handelt es sich doch gerade bei der Gesundheit um ein Rechtsgut, das des gewerbepolizeilichen Schutzes in hohem Masse bedarf (vgl. BGE 125 I 322 E. 3d, BGE 125 I 335 E. 3b, BGE 112 IA 322 E. 4c mit Hinweisen). Entsprechend dient die dem Beschwerdeführer verweigerte Erteilung des eidgenössischen Fachausweises einem mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu vereinbarenden öffentlichen Interesse gemäss Art. 36 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 94 BV. Dass Inhaber ausländischer Ausbildungsabschlüsse nicht in den Anwendungsbereich der Übergangsbestimmung der Prüfungsordnung fallen, ist des Weiteren mit dem öffentlichen Interesse des Vertrauensschutzes der Bevölkerung in die Qualität schweizerischer Ausbildungstitel hinreichend begründet. Das Vorliegen eines schweizerischen Ausbildungstitels impliziert demnach nach aussen stets, dass die den entsprechenden Titel tragende, im Gesundheitswesen tätige Person eine Ausbildung in der Schweiz absolviert hat.

**5.8.5** Die Nichterteilung des eidgenössischen Fachausweises gemäss der der Übergangsbestimmung der Prüfungsordnung erweist sich des Weiteren als verhältnismässig im Sinne von Art. 36 Abs. 3 BV. So sind die in der Prüfungsordnung aufgestellten Voraussetzungen für die prüfungsfreie Erteilung des schweizerischen Fachausweises einerseits mit Blick auf den angestrebten Schutz der öffentlichen Gesundheit sowie den Vertrauensschutz der Bevölkerung in schweizerische Titel geeignet. Zur Erreichung des erwähnten Vertrauensschutzes im Besonderen ist andererseits

kein milderes Mittel denkbar, da allein der Ausschluss der Inhaber ausländischer Ausbildungsabschlüsse von der Möglichkeit, den schweizerischen Fachausweis prüfungsfrei zu erwerben, nachhaltig garantiert, dass nur Personen mit einer in der Schweiz absolvierten Ausbildung respektive Berufsprüfung den schweizerischen Titel tragen. Die in der Übergangsbestimmung der Prüfungsordnung vorgenommene Differenzierung erweist sich unter diesen Umständen als erforderlich. Schliesslich ist die erwähnte Übergangsbestimmung auch für Inhaber ausländischer Ausbildungsabschlüsse zumutbar, da es jenen offensteht, die entsprechende schweizerische Berufsprüfung nachträglich zu absolvieren, um den schweizerischen Fachausweis zu erhalten.

**5.8.6** Die Differenzierung zwischen Inhabern schweizerischer Ausbildungsabschlüsse und Inhabern ausländischer Ausbildungsabschlüsse gemäss der Übergangsbestimmung der Prüfungsordnung führt denn auch nicht zu einer Verzerrung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 94 Abs. 1 und 4 BV (resp. zu einem Verbot des aus dieser Bestimmung abgeleiteten Gebots zur Gleichbehandlung von direkten Konkurrenten, vgl. dazu auch E. 5.4), nachdem sie an die jeweils abgeschlossene Ausbildung anknüpft. Selbst wenn die in der Schweiz tätigen medizinischen Masseure mit einem ausländischen Ausbildungsabschluss in Bezug auf die in der Schweiz tätigen medizinischen Masseure mit einem schweizerischen Ausbildungsabschluss direkte Konkurrenten (Gewerbegenossen) darstellen, erscheint die Ungleichbehandlung dieser direkten Konkurrenten durch das öffentliche Interesse des Vertrauensschutzes der Bevölkerung in die Qualität schweizerischer Ausbildungstitel hinreichend begründet.

**5.8.7** Insgesamt genügt damit die Differenzierung zwischen Inhabern schweizerischer Ausbildungsabschlüsse und Inhabern ausländischer Ausbildungsabschlüsse gemäss der Übergangsbestimmung der Prüfungsordnung den Einschränkungsvoraussetzungen von Art. 36 BV und es ist keine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit des Beschwerdeführers auszumachen.

**5.9** Der Beschwerdeführer rügt ausserdem, die Regelung gemäss der Ziff. 9.11 der Prüfungsordnung respektive die Nichterteilung des schweizerischen Fachausweises verletze die Rechtsgleichheit. Der Ort des Erwerbs eines Ausbildungsabschlusses stelle keinesfalls einen objektiven Grund dar, der eine Ungleichbehandlung rechtfertige. Inhaltliche Unter-

schiede zwischen den Ausbildungen könnten zwar eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen, seien indessen vorliegend nicht gegeben.

Die Vorinstanz hat diesbezüglich bereits im angefochtenen Beschwerdeentscheid vom 19. Mai 2014 ausgeführt, die unterschiedliche Behandlung von ausländischen und inländischen Abschlüssen für medizinische Mass-eure verstosse nicht gegen die Rechtsgleichheit, da diese nicht am ver-pönten Kriterium der Staatsangehörigkeit im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV, sondern am Kriterium der Ausbildung anknüpfe. Ob die Ausbildung zum medizinischen Masseur nach schweizerischen oder nach den deutschen Vorschriften absolviert werde, sei ein rechtlich wesentlicher Unterschied. Damit liege für die unterschiedliche Behandlung ein sachlicher Grund vor.

Die Erstinstanz ergänzt in ihrer Vernehmlassung vom 6. August 2014, es bestehe insbesondere im Hinblick auf die neue Ausbildung auf Tertiärstu-fe, welche zur Führung des neuen Titels berechtige, ein wesentlicher Un-terschied darin, ob eine Ausbildung zum medizinischen Masseur nach den schweizerischen oder nach den deutschen Vorschriften vermittelt worden sei.

**5.9.1** Der Anspruch auf Rechtsgleichheit wird in Art. 8 BV geregelt. Die Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung wird verletzt, wenn ein Erlass recht-liche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen un-terlässt, die sich auf Grund der Verhältnisse aufdrängen (BGE 122 I 18). Die Rechtsgleichheit in der Rechtsanwendung ist verletzt, wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird (BGE 124 I 289 E. 3b). Die Gleichbehandlung ist allerdings nicht nur dann geboten, wenn zwei Tatbestände in allen ihren tatsächlichen Elementen absolut identisch sind, sondern auch, wenn die im Hinblick auf die anzuwendende Norm relevanten Tatsachen gleich sind (BGE 131 I 377 E. 3, 123 I 1 E. 2). Eine rechtsanwendende Behörde verletzt dann den Gleichheitsgrundsatz, wenn sie zwei tatsächliche Situationen ohne sachlichen Grund un-terschiedlich beurteilt (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O. Rz. 507 f.).

**5.9.2** Wie bereits in E. 5.8.3.1 dargelegt, geht die vom Beschwerdeführer gerügte Rechtsungleichheit nicht unmittelbar aus der Ziff. 9.11 der Prü-fungsordnung hervor, sondern wurde vielmehr in der Auslegungsvorschrift des BBT (heute: SBFI) vom 15. Februar 2011 konkretisiert, welche ihrer-seits auf den Art. 68 Abs. 1 BBG i.V.m. Art. 69 ff. aBBV beruht. Die Best-

immungen des BBG und des BBV sehen vor, dass Inhaber von ausländischen Diplomen – anders als Inhaber von schweizerischen Ausbildungsabschlüssen – ein Gleichwertigkeitsverfahren zu durchlaufen haben. Entsprechend dieser gesetzlichen Grundlage nimmt auch die Übergangsbestimmung der Prüfungsordnung eine Ungleichbehandlung von Inhabern schweizerischer Ausbildungsabschlüsse und Inhabern ausländischer Ausbildungsabschlüsse vor. Der Beschwerdeführer kann sich damit auf Art. 8 BV berufen. Zu prüfen ist, ob die Ungleichbehandlung auf einem objektiven Grund beruht.

**5.9.3** Mit Blick auf die Beurteilung des öffentlichen Interesses ist auf die vorangehende Erwägung 5.8.4 zu verweisen. Hiernach impliziert ein schweizerischer Ausbildungstitel nach aussen stets, dass die den entsprechenden Titel tragende, im Gesundheitswesen tätige Person eine Ausbildung in der Schweiz absolviert habe. Das öffentliche Interesse des Vertrauensschutzes der Bevölkerung in die Qualität schweizerischer Ausbildungstitel rechtfertigt damit die Ungleichbehandlung von schweizerischen und ausländischen Ausbildungsabschlüssen. Die in der Übergangsbestimmung der Prüfungsordnung getroffene rechtliche Unterscheidung basiert somit auf einem sachlich vernünftigen Grund in den zu regelnden Verhältnissen. Eine sachlich ungerechtfertigte Ungleichbehandlung ist damit vorliegend nicht ersichtlich. Ferner ist für die Prüfung der gesetzlichen Grundlage und der Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit auf die vorangehenden Erwägungen 5.8.3.3 und 5.8.5 im Zusammenhang mit der Prüfung der Rüge der Verletzung der Wirtschaftsfreiheit zu verweisen. Die dort gezogenen Schlussfolgerungen gelten unverändert auch für die vorliegend geprüfte Rüge des Beschwerdeführers der Verletzung der Rechtsgleichheit. Entsprechend ist zu folgern, dass die Übergangsbestimmung der Prüfungsordnung den Anspruch auf Rechtsgleichheit gemäss Art. 8 BV nicht verletzt.

**5.10** Schliesslich argumentiert der Beschwerdeführer, der angefochtene Entscheid diskriminiere ihn indirekt aufgrund seines Alters im Sinne von Art. 9 Abs. 2 BV (sic), da es in der Zeit, als er in seiner Ausbildung gestanden sei, in der Schweiz noch keine der Physiotherapie-Schule Konstanz vergleichbar qualifizierte Lehrstätte gegeben habe. Damit sei er gezwungen gewesen, seine Ausbildung im Ausland zu absolvieren.

Weder die Vorinstanz noch die Erstinstanz haben sich zur Rüge des Beschwerdeführers der indirekten Diskriminierung geäussert.

**5.10.1** Gemäss Art. 8 Abs. 2 BV darf niemand diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung. Eine indirekte Diskriminierung liegt gemäss Praxis und herrschender Lehre vor, wenn Menschen mit relevanten Merkmalen rechtlich oder faktisch in nicht gerechtfertigter Weise benachteiligt werden, ohne dass der Erlass oder Einzelakt ausdrücklich an einem verpönten Merkmal anknüpft. So können neutrale Massnahmen in ihrer praktischen Auswirkung zu einer verpönten Ungleichbehandlung führen, indem sie im Ergebnis überwiegend Angehörige einer bestimmten Gruppe benachteiligen, welche sich von anderen Menschen durch ein bestimmtes, als verpönt eingestuftes Merkmal unterscheiden (KIENER/KÄLIN, Grundrechte, 2007, S. 366).

Beim Alter handelt es sich nach dem ausdrücklichen Wortlaut von Art. 8 Abs. 2 BV grundsätzlich um ein solches verpöntes Merkmal.

**5.10.2** Die Diskriminierung stellt eine qualifizierte Art der Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar, indem sie eine Benachteiligung von Personen bewirkt, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an ein Unterscheidungsmerkmal anknüpft, das einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil der Identität der betreffenden Personen ausmacht. Insofern beschlägt die Diskriminierung auch Aspekte der Menschenwürde gemäss Art. 7 BV. Das Diskriminierungsverbot macht die Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal indessen nicht absolut unzulässig. Vielmehr begründet dieser Umstand zunächst den blossen Verdacht einer unzulässigen Differenzierung und bedarf entsprechend einer qualifizierten Rechtfertigung (vgl. BGE 126 II 377 E. 6a; 116 V 198 E. 2a/bb).

Zu prüfen ist nachfolgend, ob der angefochtene Entscheid respektive die Übergangsbestimmung der Prüfungsordnung eine sachlich nicht zu rechtfertigende indirekte Diskriminierung aufgrund des Alters beinhaltet.

**5.10.3** Der am (...) 1961 geborene Beschwerdeführer ist 54 Jahre alt. Er hat seine Ausbildung in den Jahren 1986 bis 1988 absolviert. Der Ausbildungsabschluss des Beschwerdeführers liegt mittlerweile über 27 Jahre zurück. Der Umstand, dass der Beschwerdeführer seine Ausbildung bereits vor vielen Jahren, basierend auf dem zu jener Zeit vorherrschenden Kenntnisstand, abgeschlossen hat, überwiegt den Aspekt des Alters des

Beschwerdeführers mit Blick auf die Prüfung des Anspruchs auf die Erteilung des neurechtlichen Titels. Im Jahr 1986 gab es zudem – entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers – auch in der Schweiz Berufsschulen für die Ausbildung medizinischer Masseur (als Beispiele sind zu erwähnen die seit 1986 in der Schweiz vertretene TRISANA Massagefachschule, die seit 1975 bestehende St. Galler medizinische Fachschule oder die 1985 gegründete Heilpraktikerschule HPS GmbH Luzern). Es wäre dem Beschwerdeführer damit durchaus möglich gewesen, seine Ausbildung in der Schweiz zu absolvieren. Seine Entscheidung, die Ausbildung in Konstanz zu absolvieren, scheint er deshalb aus freien Stücken getroffen zu haben. Selbst wenn die vom Beschwerdeführer besuchte grenznahe Schule im Jahre 1986 im Vergleich zu den in der Schweiz vertretenen Massageschulen eine qualitativ bessere Ausbildung versprochen haben mag, wie dies der Beschwerdeführer behauptet, ist in der Regelung gemäss der Übergangsbestimmung der Prüfungsordnung keine ungerechtfertigte indirekte Diskriminierung aufgrund des Alters zu sehen. Durch diese Bestimmung werden nämlich nicht nur medizinische Masseur fortgeschrittenen Alters betroffen, sondern sämtliche medizinischen Masseur, die ihre Ausbildung im Ausland absolviert haben. Es ist deshalb nicht anzunehmen, dass die älteren medizinischen Masseur von der Bestimmung insgesamt vergleichsmässig härter getroffen würden als die jüngeren medizinischen Masseur. Sodann enthält die Übergangsbestimmung der Prüfungsordnung weder indirekt eine Altersgrenze für die Erteilung des neurechtlichen Titels, noch werden ältere medizinische Masseur durch diese Bestimmung menschenunwürdig, demütigend oder erniedrigend behandelt, das heisst in ihrer Wertschätzung als Person herabgesetzt. Insgesamt erweist sich damit auch die Berufung des Beschwerdeführers auf das Verbot der indirekten Diskriminierung als unbehelflich.

**5.10.4** Im vorinstanzlichen Verfahren hat sich der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde an die Vorinstanz vom 25. November 2013 (Ziff. II.3.) ausserdem auf das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 2 des am 1. Juni 2002 in Kraft getretenen Abkommens 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) berufen. Laut gewichtigen Lehrmeinungen gelte diese Bestimmung auch für Schweizer mit Wohnsitz in der Schweiz (Verbot der Inländerdiskriminierung). Es erscheine im Licht des Abkommens als bedenklich, dass die Prüfung der Gleichwertigkeit ausländischer Ausbildungsabschlüsse durch die Prü-

fungsordnung im Verhältnis zu inländischen Ausbildungsabschlüsse zurückgestellt werde.

**5.10.5** Im angefochtenen Beschwerdeentscheid vom 19. Mai 2014 beantwortete die Vorinstanz diese Rüge des Beschwerdeführers damit, dass das FZA auf den Beschwerdeführer als Schweizer Bürger nicht anwendbar sei, da dieses nach Art. 1 an eine ausländische Staatsangehörigkeit anknüpfe. Selbst wenn das FZA Anwendung fände, würde dem Beschwerdeführer kein schweizerischer Ausweis erteilt. Von einer Inländerdiskriminierung könne deshalb keine Rede sein.

**5.10.6** Im vorliegenden Beschwerdeverfahren hat der Beschwerdeführer die Rüge der Inländerdiskriminierung nicht wiederholt, weshalb das Bundesverwaltungsgericht diesbezüglich grundsätzlich keine Prüfung vornimmt. Ergänzend zu den Ausführungen der Vorinstanz ist indessen festzuhalten, dass Art. 2 FZA zwar einen stringenteren Schutz vor Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit als Art. 8 Abs. 2 BV gewährleistet, sein Anwendungsbereich jedoch enger als jener der schweizerischen Verfassungsgarantie ist. Insbesondere schützt Art. 2 FZA nicht die eigenen Staatsangehörigen (Inländerdiskriminierung) oder die Angehörigen von Staaten, die nicht Vertragsparteien sind. In diesen Beschränkungen kommt der primär wirtschaftliche Charakter des Diskriminierungsverbots des FZA zum Ausdruck, gegenüber dem menschenrechtlichen Gehalt von Art. 8 Abs. 2 BV (JÖRG PAUL MÜLLER, MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., 2008, S. 718). Eine Verletzung des Diskriminierungsverbots aufgrund der Staatsangehörigkeit gemäss Art. 8 Abs. 2 BV hat der Beschwerdeführer indessen im vorliegenden Verfahren zu Recht nicht geltend gemacht. Der Beschwerdeführer wird durch die Ziff. 9.11 der Prüfungsordnung in Bezug auf seinen ausländischen Ausbildungsabschluss nicht anders behandelt als ein ausländischer Inhaber eines ausländischen Ausbildungsabschlusses. Eine Diskriminierung des Beschwerdeführers aufgrund seiner Staatsangehörigkeit als Schweizer ist somit in Bezug auf die vorliegend in Frage stehende Regelung nicht ersichtlich.

**5.11** Insgesamt ändern die Argumente des Beschwerdeführers nichts daran, dass der Entscheid der Vorinstanz in zutreffender Auslegung der massgebenden Bestimmungen erfolgt ist (E. 5.6). Im Übrigen musste sich der Beschwerdeführer bereits anlässlich der Gesuchseinreichung über die hinsichtlich ausländischer Ausbildungsabschlüsse geltende Praxis im Klaren sein, hat er doch sein Gesuch vom 28. August 2013 auf dem von

der Erstinstanz vorgedruckten Formular mit dem Titel "Gesuch um Erwerb des eidgenössischen Titels 'Medizinischer Masseur mit eidgenössischem Fachausweis'" eingereicht und damit insbesondere den darauf enthaltenen Hinweis, dass ein ausländisches Diplom mit/ohne einen Anerkennungsausweis des SRK nicht zur Einreichung des Dossiers berechtigt, unterschriftlich bestätigt. Der Antrag des Beschwerdeführers auf die Verleihung des neuen Titels "Medizinischer Masseur mit eidgenössischem Fachausweis" ist nach dem Gesagten abzuweisen.

**5.12** Unabhängig von der (nach Ablauf der Rechtsmittelfrist eintretenden) *res iudicata* des vorliegenden Urteils steht es dem Beschwerdeführer frei, ein allfälliges Gesuch um Anerkennung der Gleichwertigkeit seiner in Deutschland absolvierten Ausbildung mit dem neuen eidgenössischen Titels "Medizinischer Masseur mit eidgenössischem Fachausweis" einzureichen und damit ein Verfahren um Anerkennung der Gleichwertigkeit seiner Berufsausbildung einzuleiten. Ein solches Gesuch wäre zuständigkeitshalber beim SRK zu stellen (vgl. E. 3.2 f.).

## **6.**

**6.1** Als unterliegende Partei hat der Beschwerdeführer die Verfahrenskosten zu tragen, die sich aus der Gerichtsgebühr und den Auslagen zusammensetzen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Sie werden unter Berücksichtigung des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache im vorliegenden Verfahren auf Fr. 900.– festgesetzt (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG sowie Art. 1, 2 und 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) und nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils dem bereits geleisteten Verfahrenskostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen.

**6.2** Dem unterliegenden, vertretenen Beschwerdeführer wird keine Parteientschädigung zugesprochen (Art. 64 Abs. 1 VwVG *e contrario*).

## **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 900.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt respektive dem geleisteten Verfahrenskostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 4260 /trp; Gerichtsurkunde)
- die OdA mm (Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Ronald Flury

Marion Sutter

## **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 Rechtsschrift 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: 7. Juli 2016