



Urteil vom 26. August 2021

Besetzung

Richter Ronald Flury (Vorsitz),
Richter Daniel Willisegger,
Richter Pascal Richard;
Gerichtsschreiber Davide Giampaolo.

Parteien

X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Hardy Landolt,
Beschwerdeführerin,

gegen

Schweizerisches Rotes Kreuz (SRK),
Anerkennung Ausbildungsabschlüsse,
Vorinstanz.

Gegenstand

Anerkennung eines ausländischen Ausbildungsabschlusses.

Sachverhalt:**A.**

A.a X. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin), [...], Staatsangehörige von Deutschland, erwarb am 2. Juli 1983 in der Ukraine ein Diplom als "Krankenschwester".

A.b Am 12. Juni 2009 wurde ihr Ausbildungsabschluss in Deutschland anerkannt, nachdem die Beschwerdeführerin als Ausgleichsmassnahme eine Kenntnisprüfung bestanden hatte. Die Beschwerdeführerin erhielt die Erlaubnis, (in Deutschland) die Berufsbezeichnung "staatlich anerkannte Gesundheits- und Krankenpflegerin" zu führen.

A.c Am 12. Mai 2020 stellte die Beschwerdeführerin beim Schweizerischen Roten Kreuz SRK (nachfolgend: Vorinstanz) ein Gesuch um Anerkennung der Gleichwertigkeit ihres ausländischen Ausbildungsabschlusses mit dem schweizerischen Abschluss als Pflegefachfrau.

A.d Mit Teilentscheid vom 27. November 2020 lehnte die Vorinstanz die Gleichwertigkeitsanerkennung mit dem Abschluss als Pflegefachfrau ab. Gleichzeitig stellte sie fest, dass die Voraussetzungen für eine Anerkennung als Fachfrau Gesundheit erfüllt seien.

Zur Begründung führte die Vorinstanz im Wesentlichen an, die Anerkennung als Pflegefachfrau basierend auf der Richtlinie 2005/36/EG (zit. in E. 2.2) sei nicht möglich, weil der Niveauunterschied zwischen dem ukrainischen (Ursprungs-)Diplom der Beschwerdeführerin und der schweizerischen Ausbildung zur Pflegefachfrau HF zu gross sei und insofern nicht durch Ausgleichsmassnahmen kompensiert werden könne. Weil sich die Ausbildung der Beschwerdeführerin nicht auf derselben Bildungsstufe wie die schweizerische Ausbildung zur Pflegefachfrau HF befinde und zudem auch wesentlich kürzer gedauert habe, sei auch nach Schweizer Recht eine Anerkennung als Pflegefachfrau nicht möglich.

B.

B.a Hiergegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 6. Dezember 2020 (Eingangsdatum: 8. Dezember 2020) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht.

B.b Mit Zwischenverfügung vom 9. Dezember 2020 setzte der Instrukti-
onsrichter der Beschwerdeführerin Frist bis zum 25. Januar 2021, um
einen Kostenvorschuss von Fr. 1'000.– zu leisten. Mit Zwischenverfügung
vom 15. Dezember 2020 wurde die Beschwerdeführerin aufgefordert, bis
zum Ablauf der Rechtsmittelfrist (18. Januar 2021) die ungenügend be-
gründete Eingabe vom 6. Dezember 2020 zu verbessern.

B.c Mit Eingabe vom 22. Dezember 2020 stellte die – nunmehr anwaltlich
vertretene – Beschwerdeführerin ein Gesuch um unentgeltliche Rechts-
pflege und Verbeiständung.

B.d Mit Verfügung vom 23. Dezember 2020 nahm der Instrukti-
onsrichter der Beschwerdeführerin die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses ab
und forderte weitere Angaben und Belege im Zusammenhang mit ihrem
Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung ein.

C.

Mit Eingabe vom 15. Januar 2021 (Eingangsdatum: 18. Januar 2021)
reichte die Beschwerdeführerin eine verbesserte Beschwerdeschrift ein
und vervollständigte ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Ver-
beiständung. Sie stellt folgende Rechtsbegehren (in der Hauptsache kon-
gruent mit denjenigen in der Eingabe vom 6. Dezember 2020):

- "1. Es sei der Entscheid [der Vorinstanz] vom 27. November 2020 (Ref.-
Nr. [...]) aufzuheben und das Gesuch um Anerkennung als diplomierte
Pflegefachfrau gutzuheissen;
2. Eventuell sei der Entscheid [der Vorinstanz] vom 27. November 2020 auf-
zuheben und die Angelegenheit im Sinne der Erwägungen an die Vor-
instanz zurückzuweisen;
3. Alles unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der
[Vorinstanz] und unter Gewähren der unentgeltlichen Rechtspflege und
Verbeiständung."

Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen eine Verletzung der
staatsvertraglichen Anerkennungsverpflichtung gemäss Art. 9 FZA (zit. in
E. 2.2) geltend, weil die Vorinstanz die Gleichwertigkeitsanerkennung in
Bezug auf das ukrainische (Ursprungs-)Diplom vom 2. Juli 1983, die in
Deutschland ausgestellte Anerkennungsbescheinigung vom 12. Juni 2009
sowie die erworbene Berufserfahrung verweigert habe.

D.

Mit Zwischenverfügung vom 4. März 2021 hiess der Instruktionsrichter das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung durch ihren Rechtsvertreter gut.

E.

Mit Vernehmlassung vom 19. April 2021 (Eingangsdatum: 20. April 2021) schloss die Vorinstanz auf Abweisung der Beschwerde und äusserte sich zu den Rügen der Beschwerdeführerin in der Beschwerde vom 15. Januar 2021.

F.

Mit Replik vom 13. Mai 2021 (Eingangsdatum: 17. Mai 2021) hielt die Beschwerdeführerin an den Beschwerdeanträgen fest und nahm zu den Ausführungen der Vorinstanz in der Vernehmlassung vom 19. April 2021 Stellung.

G.

Mit Instruktionsverfügung vom 25. Mai 2021 teilte der Instruktionsrichter den Parteien mit, dass ein weiterer Schriftenwechsel nicht vorgesehen sei.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 31 f. und Art. 33 Bst. h des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]; vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-1813/2020 vom 26. Februar 2021 E. 2.2.3 f.). Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]). Die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerde sind mit der Beschwerdeverbesserung vom 15. Januar 2021 erfüllt (Art. 52 VwVG). Die Eingabefrist (Art. 50 Abs. 1 VwVG) ist gewahrt und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen (Art. 44 ff. VwVG) liegen vor.

Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

2.

2.1 Das am 1. Februar 2020 in Kraft getretene Gesundheitsberufegesetz vom 30. September 2016 (GesBG, SR 811.21) legt zum Zweck der im Interesse der öffentlichen Gesundheit liegenden Qualitätssicherung national einheitliche Anforderungen an die Ausbildung und die Ausübung der Gesundheitsberufe fest (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe vom 18. November 2015 [Botschaft GesBG], BBl 2015 8715, 8716). Das GesBG normiert die (Fach-)Hochschulstudiengänge der Gesundheitsfachpersonen in der Pflege, der Physiotherapie, der Ergotherapie, der Ernährung und Diätetik, der Optometrie, der Osteopathie sowie für Hebammen (vgl. Art. 1 Bst. a GesBG, Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a–b GesBG) und regelt die Bewilligungsvoraussetzungen für die fachlich eigenverantwortliche Berufsausübung (vgl. Art. 11 ff. GesBG; Botschaft GesBG, BBl 2015 8715, 8725). Für den Beruf der Pflegefachfrau bzw. des Pflegefachmanns ist ein Bildungsabschluss als "Bachelor of Science in Pflege FH/UH" oder als "dipl. Pflegefachfrau HF" bzw. "dipl. Pflegefachmann HF" erforderlich (vgl. Art. 12 Abs. 2 Bst. a GesBG).

Die Anerkennung von ausländischen Bildungsabschlüssen im Geltungsbereich des GesBG wird einheitlich durch Art. 10 GesBG normiert (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-1813/2020 vom 26. Februar 2021 E. 2.2.3). Nach dieser Bestimmung wird ein ausländischer Bildungsabschluss anerkannt, wenn seine Gleichwertigkeit mit einem inländischen Bildungsabschluss nach Art. 12 Abs. 2 GesBG in einem Vertrag über die gegenseitige Anerkennung mit dem betreffenden Staat oder einer überstaatlichen Organisation festgelegt ist (Art. 10 Abs. 1 Bst. a GesBG) oder im Einzelfall anhand von Bildungsstufe, -inhalt, -dauer und im Bildungsgang enthaltenen praktischen Qualifikationen nachgewiesen wird (Art. 10 Abs. 1 Bst. b GesBG).

2.2 Als Vertrag im Sinne von Art. 10 Abs. 1 Bst. a GesBG gilt namentlich das am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft sowie ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA, SR 0.142.112.681). Das FZA hat unter anderem zum Ziel, den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union 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; vgl. BGE 140 II 364 E. 6.1-6.3). Die Schweiz hat sich in Anhang III verpflichtet, Diplome, Zeugnisse und sonstige Befähigungsnachweise gemäss den darin für anwendbar erklärten Rechtsakten der EU anzuerkennen. Zu diesen Rechtsakten gehört die 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. September 2005 [nachfolgend: Richtlinie 2005/36/EG]), welche mit dem Beschluss Nr. 2/2011 vom 30. September 2011 des Gemischten Ausschusses für die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen (AS 2011 4859 ff.) für anwendbar erklärt wurde (vgl. dazu Urteil des BGer 2C_472/2017 vom 7. Dezember 2017 E. 2.2.1 f.; Urteile des BVGer B-5372/2015 vom 4. April 2017 E. 5.3 f. und B-3706/2014 vom 28. November 2017 E. 6.3.1; zum Ganzen: NINA GAMMENTHALER, Anerkennung von Pflegefachdiplomen, Pflegerecht 2012, S. 28 ff., 34a).

2.3 Die Richtlinie 2005/36/EG gilt für alle Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates, welche einen reglementierten Beruf in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem sie ihre Berufsqualifikationen erworben haben, ausüben wollen (Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 2005/36/EG). Als reglementierter Beruf gilt dabei eine berufliche Tätigkeit, bei der die Aufnahme oder Ausübung oder eine der Arten ihrer Ausübung direkt oder indirekt durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften an den Besitz bestimmter Berufsqualifikationen gebunden ist (Art. 3 Abs. 1 Bst. a der Richtlinie 2005/36/EG).

2.3.1 Die Anwendbarkeit der Richtlinie 2005/36/EG setzt eine Berufsqualifikation im Sinn von deren Art. 3 Abs. 1 Bst. b voraus. Dazu zählen in erster Linie "Ausbildungsnachweise" in der Form von Diplomen, Prüfungszeugnissen und sonstigen Befähigungsnachweisen, die von einer Behörde eines Mitgliedstaates, die entsprechend dessen Rechts- und Verwaltungsvorschriften benannt wurde, für den Abschluss einer überwiegend im Gebiet der Mitgliedstaaten absolvierten Berufsausbildung ausgestellt worden sind (Art. 3 Abs. 1 Bst. c der Richtlinie 2005/36/EG). Einem Ausbildungsnachweis in diesem Sinn gleichgestellt ist nach Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2005/36/EG jeder in einem Drittstaat ausgestellte Ausbildungsnachweis, sofern sein Inhaber in dem betreffenden Beruf drei Jahre Berufserfahrung im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates, der diesen Ausbildungsnachweis bereits (nach innerstaatlichem Recht; Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 2005/36/EG)

anerkannt hat, besitzt und dieser Mitgliedstaat diese Berufserfahrung bescheinigt. Insofern unterliegen (von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates erworbene) Drittstaatsdiplome nur dann den Anerkennungsregeln der Richtlinie, wenn die zusätzlichen Voraussetzungen der vorgängigen Anerkennung durch einen Mitgliedstaat sowie der nachgewiesenen Berufserfahrung von mindestens drei Jahren im entsprechenden Mitgliedstaat erfüllt sind (vgl. NINA GAMMENTHALER, *Diplomanerkennung und Freizügigkeit*, 2010, S. 155 f. m.w.H.).

2.3.2 Die Beschwerdeführerin beantragt die Gleichwertigkeitsanerkennung ihres Ausbildungsnachweises mit dem schweizerischen Abschluss als Pflegefachfrau. Beim Beruf der Pflegefachfrau bzw. des Pflegefachmanns handelt es sich um eine in der Schweiz reglementierte Tätigkeit (vgl. die betreffende Liste des Staatssekretariats für Bildung, Forschung und Innovation SBFI, abrufbar unter: <https://www.sbfi.admin.ch/sbfi/de/home/bildung/diploma/anerkenntungsverfahren-bei-niederlassung/reglementierte-berufe.html>). Die Beschwerdeführerin ist Staatsangehörige eines Mitgliedstaates (Deutschland) und schloss am 2. Juli 1983 in einem Drittstaat (Ukraine) ihre Krankenpflegeausbildung ab. Am 12. Juni 2009 wurde ihr Drittstaatsdiplom in Deutschland nach bestandener Ausgleichsmassnahme anerkannt, womit die Beschwerdeführerin die Erlaubnis erhielt, (in Deutschland) die Berufsbezeichnung "staatlich anerkannte Gesundheits- und Krankenpflegerin" zu führen. Die Beschwerdeführerin verfügt sodann unbestrittenermassen über mehr als drei Jahre Berufserfahrung in Deutschland. Demzufolge gelangen vorliegend die Anerkennungsregeln der Richtlinie 2005/36/EG zur Anwendung.

2.3.2.1 Für den Beruf der Pflegefachpersonen ("Krankenschwestern und Krankenpfleger, die für die allgemeine Pflege verantwortlich sind"), hinsichtlich dessen die Mindestanforderungen an die Ausbildung koordiniert worden sind, sieht die Richtlinie 2005/36/EG das sog. sektorale Anerkennungssystem vor (vgl. Kapitel III [Art. 21 ff.] der Richtlinie 2005/36/EG ["Anerkennung auf der Grundlage der Koordinierung der Mindestanforderungen an die Ausbildung"]; Botschaft GesBG, BBl 2015 8715, 8746 und 8776; NINA GAMMENTHALER, *Pflegerecht* 2012, S. 32; ASTRID EPINEY, *Zur Diplomanerkennung im Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU*, Jusletter vom 15. März 2021, Rz. 37). Sofern Pflegefachpersonen im Besitz eines in Anhang V Ziff. 5.2.2 aufgelisteten Ausbildungsnachweises sind, erfolgt die Gleichwertigkeitsanerkennung in einem anderen Mitgliedstaat grundsätzlich automatisch (vgl. insb. Art. 21 Abs. 1 und Abs. 6 der Richtlinie

2005/36/EG). In Anhang V Ziff. 5.2.2 ist dabei für jeden Mitgliedstaat aufgeführt, welche Ausbildungsnachweise für Pflegefachpersonen dem sektoralen Anerkennungssystem unterstellt sind, welche (amtliche) Stelle diese ausstellt und wie die offizielle Berufsbezeichnung im jeweiligen Mitgliedstaat lautet (für Deutschland: [Ausbildungsnachweis:] "Zeugnis über die staatliche Prüfung in der Krankenpflege"; [ausstellende Stelle:] "staatlicher Prüfungsausschuss"; [Berufsbezeichnung:] "Gesundheits- und Krankenpfleger[in]").

2.3.2.2 Sind die Voraussetzungen für eine automatische Anerkennung nicht erfüllt, gelangen subsidiär die Regeln über die allgemeine Anerkennung von Ausbildungsnachweisen zur Anwendung (sog. allgemeines Anerkennungssystem gemäss Kapitel I [Art. 10 ff.] der Richtlinie 2005/36/EG; vgl. ASTRID EPINEY, Jusletter vom 15. März 2021, Rz. 37). Im Rahmen des allgemeinen Anerkennungsregimes kann der Aufnahmemitgliedstaat die Qualifikation des Antragstellers sowohl formell als auch materiell überprüfen. Die Behörde hat dabei die Inhalte der vorgelegten Nachweise auf deren Gleichwertigkeit mit den eigenen Anforderungen an den Erhalt des entsprechenden innerstaatlichen Ausbildungsnachweises zu überprüfen. Hierzu hat der Antragsteller der Behörde die nötigen Unterlagen zu liefern (vgl. Art. 50 der Richtlinie 2005/36/EG; Urteil des BVGer B-4060/2019 vom 11. November 2019 E. 3.3 m.w.H.).

Konkret 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.

(...)."

Die Berufsqualifikationsniveaus werden wie folgt zugeordnet:

"[Artikel 11]

Qualifikationsniveaus

Für die Anwendung von Artikel 13 werden die Berufsqualifikationen den nachstehenden Niveaus wie folgt zugeordnet:

a) [...].

b) Zeugnis, das nach Abschluss einer Ausbildung auf Sekundarniveau erteilt wird,

i) entweder einer allgemein bildenden Sekundarausbildung, die durch eine Fach- oder Berufsausbildung, die keine Fach- oder Berufsausbildung im Sinne des von Buchstabe c ist, und/oder durch ein neben dem Ausbildungsgang erforderliches Berufspraktikum oder eine solche Berufspraxis ergänzt wird;

ii) oder einer technischen oder berufsbildenden Sekundarausbildung, die gegebenenfalls durch eine Fach- oder Berufsausbildung gemäß Ziffer i und/oder durch ein neben dem Ausbildungsgang erforderliches Berufspraktikum oder eine solche Berufspraxis ergänzt wird.

c) Diplom, das erteilt wird nach Abschluss

i) einer postsekundären Ausbildung von mindestens einem Jahr oder einer Teilzeitausbildung von entsprechender Dauer, die keine postsekundäre Ausbildung im Sinne der Buchstaben d und e ist und für die im Allgemeinen eine der Zugangsbedingungen der Abschluss einer zum Universitäts- oder Hochschulstudium berechtigenden Sekundarausbildung oder eine abgeschlossene entsprechende Schulbildung der Sekundarstufe II ist, sowie der Berufsausbildung, die gegebenenfalls neben der postsekundären Ausbildung gefordert wird;

ii) oder — im Falle eines reglementierten Berufs — eines dem Ausbildungsniveau gemäß Ziffer i entsprechenden besonders strukturierten in Anhang II enthaltenen Ausbildungsgangs, der eine vergleichbare Berufsbefähigung vermittelt und auf eine vergleichbare berufliche Funktion und Verantwortung vorbereitet. Das Verzeichnis in Anhang II kann

nach dem in Artikel 58 Absatz 2 genannten Verfahren geändert werden, damit Ausbildungsgängen Rechnung getragen wird, die den Voraussetzungen des vorstehenden Satzes genügen.

d) Diplom, das erteilt wird nach Abschluss einer postsekundären Ausbildung von mindestens drei und höchstens vier Jahren oder einer Teilzeitausbildung von entsprechender Dauer an einer Universität oder Hochschule oder einer anderen Ausbildungseinrichtung mit gleichwertigem Ausbildungsniveau sowie der Berufsausbildung, die gegebenenfalls neben dem Studium gefordert wird.

e) [...]."

2.3.2.3 Unterscheidet sich eine – in Anwendung von Art. 13 der Richtlinie 2005/36/EG grundsätzlich anzuerkennende – Ausbildung wesentlich von den Anforderungen des Aufnahmemitgliedstaates an den Erhalt des entsprechenden innerstaatlichen Ausbildungsnachweises, so kann der Aufnahmemitgliedstaat vom Antragsteller Ausgleichsmassnahmen nach Art. 14 der Richtlinie 2005/36/EG verlangen. Wesentliche Unterschiede können dabei eine kürzere Ausbildungsdauer, ein divergierender Ausbildungsinhalt oder ein divergierender Tätigkeitsbereich sein (Art. 14 Abs. 1 Bst. a–c der Richtlinie 2005/36/EG; vgl. Urteile des BVGer B-4060/2019 vom 11. November 2019 E. 3.3 und B-5988/2020 vom 28. April 2021 E. 5.1; FRÉDÉRIC BERTHOUD, *La reconnaissance des qualifications professionnelles, Union européenne et Suisse-Union européenne*, 2016, S. 305 ff.; JOEL A. GÜNTHARDT, *Switzerland and the European Union, The implications of the institutional framework and the right of free movement for the mutual recognition of professional qualifications*, 2020, Kap. 6.4.2).

3.

Die Beschwerdeführerin rügt im Wesentlichen eine Missachtung der staatsvertraglichen Anerkennungsverpflichtung gemäss Art. 9 FZA.

3.1 Sie stellt sich auf den Standpunkt, Art. 9 FZA sehe die gegenseitige Anerkennung von Berufsdiplomen vor. Indem die Vorinstanz die Gleichwertigkeitsanerkennung sowohl hinsichtlich des ukrainischen (Ursprungs-)Diploms vom 2. Juli 1983 als auch in Bezug auf das "deutsche Pflegefachdiplom" (Anerkennungsbescheinigung) vom 12. Juni 2009 bzw. die erworbene Berufserfahrung verweigere, verletze sie die staatsvertragliche Anerkennungsverpflichtung gemäss Art. 9 FZA. So habe sich die Vorinstanz nicht mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts auseinandergesetzt, welches im Entscheid 2C_1010/2019 vom 21. Februar 2020 die Gleichwertigkeit der Pflegefachdiplome aus Deutschland festgestellt habe. Auch blende die Vorinstanz aus, dass es sich bei der Beschwerdeführerin um eine deutsche

Staatsangehörige handle, die als Gesundheits- und Krankenpflegerin in Deutschland anerkannt sei und dort zwischen 2015 und 2018 in diesem Beruf als selbständig Erwerbende tätig gewesen sei. Insgesamt habe die Beschwerdeführerin während Jahren als Pflegefachperson gearbeitet und sich seit dem Abschluss ihrer Pflegeausbildung kontinuierlich weitergebildet. Hinzu komme, dass die altrechtlichen schweizerischen Ausbildungsabschlüsse (Krankenschwester/-pfleger AKP, Krankenschwester/-pfleger DN II sowie Pflegefachfrau/-mann DN I) im Zusammenhang mit dem Erlass des Berufsbildungsgesetzes ebenfalls als gleichwertig anerkannt worden seien, obwohl diesbezüglich keine Gleichwertigkeit hinsichtlich der Ausbildungsanforderungen bestehe. Insofern wäre es widersprüchlich, wenn die Anerkennung einer ausländischen Pflegeausbildung verweigert werde, obwohl diese den früheren schweizerischen Pflegeausbildungen entspreche.

3.2 Die Vorinstanz führt aus, das Anerkennungsobjekt sei vorliegend das ukrainische (Ursprungs-)Diplom der Beschwerdeführerin, weshalb die materielle Gleichwertigkeitsprüfung basierend auf diesem Diplom durchgeführt werden müsse. Die Anerkennung als Gesundheits- und Krankenpflegerin in Deutschland, die in diesem Zusammenhang abgelegte Kenntnisprüfung sowie die erworbene Berufserfahrung seien erst in einem zweiten Schritt, nämlich bei der Festlegung allfälliger Ausgleichsmassnahmen, zu berücksichtigen; das Niveau der ursprünglichen Ausbildung steige damit grundsätzlich nicht an. Das ukrainische Diplom der Beschwerdeführerin entspreche einem Abschluss auf der Sekundarstufe II, welcher auf dem Qualifikationsniveau von Art. 11 Bst. b ii der Richtlinie 2005/36 einzustufen sei. Der schweizerische Abschluss als Pflegefachfrau HF, welcher eine Ausbildung auf Tertiärstufe voraussetze, sei hingegen dem höheren Niveau von Art. 11 Bst. d der Richtlinie 2005/36 zuzuordnen. Dies entspreche einem Niveauunterschied von zwei Stufen. Ein Ausgleich des Niveauunterschieds sei aber nur dann möglich, wenn der anzuerkennende Abschluss nur eine einzige Stufe unterhalb jener der schweizerischen Ausbildung liege. Daher sei ein solcher Qualifikationsunterschied auch nicht durch Ausgleichsmassnahmen kompensierbar. Eine Anerkennung als Pflegefachfrau basierend auf der Richtlinie 2005/36/EG sei demnach nicht möglich. Aus Sicht des Gesundheitsschutzes und der Patientensicherheit dürfe es aber auch nicht möglich sein, dass eine in einem Drittstaat absolvierte Ausbildung auf der Sekundarstufe II durch Ausgleichsmassnahmen in Deutschland auf Tertiärniveau angehoben würde.

3.3 Streitbetroffen ist zunächst die Frage, was Gegenstand der Anerkennung ist. Während nach der Vorinstanz einzig das ukrainische Diplom als

Krankenschwester das Anerkennungsobjekt bildet, scheint die Beschwerdeführerin in den Bescheinigungen im Zusammenhang mit der Anerkennung in Deutschland sowie in der erworbenen Berufserfahrung (ebenfalls) selbständige Qualifikationsnachweise im Sinn der Richtlinie 2005/36/EG zu erblicken.

3.3.1 Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil B-5988/2020 vom 28. April 2021 (E. 4.4) festgehalten, dass weder die durch einen Mitgliedstaat bescheinigte Anerkennung noch ein in diesem Mitgliedstaat absolvierter Anpassungslehrgang eine Berufsqualifikation im Sinn von Art. 3 Abs. 1 Bst. b der Richtlinie 2005/36/EG darstellen. Dies gilt analog auch für eine abgelegte Eignungsprüfung, sofern diese im Rahmen einer Ausgleichsmassnahme erfolgte.

Dieses Auslegungsergebnis basiert auf einer insoweit präzisierten Definition der anerkennungsgegenständlichen Ausbildungs- bzw. Befähigungsnachweise (vgl. Art. 3 Abs. 1 Bst. b und c i.V.m. Art. 13 der Richtlinie 2005/36/EG), als darunter die von Art. 11 Bst. a-e der Richtlinie 2005/36/EG erfassten Zeugnisse und Diplome zu verstehen sind (vgl. FRÉDÉRIC BERTHOUD, *La reconnaissance des qualifications professionnelles, Union européenne et Suisse-Union européenne*, 2016, S. 93); vorausgesetzt jedoch, dass sie im Rahmen des Bildungssystems des ausstellenden Mitgliedstaates erworben wurden (vgl. Urteil des EuGH vom 29. Januar 2009 C-311/06 Consiglio Nazionale degli Ingegneri/Ministero della Giustizia, Marco Cavallera, Slg. 2009 I-415, Rz. 55). Ausserdem lässt sich diese Einordnung auch aus der systematischen Verknüpfung von Art. 3 Abs. 1 Bst. b mit Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2005/36/EG ableiten: Würde nämlich die Anerkennung durch einen Mitgliedstaat selbst unter den Begriff des Ausbildungsnachweises (vgl. E. 2.3.1) fallen, so wäre die Gleichstellungsregelung für Drittstaatsdiplome (Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2005/36/EG), soweit sie ihrerseits an den drittstaatlichen Ausbildungsnachweis anknüpft (vgl. E. 2.3.1), obsolet (vgl. zur Anwendbarkeit der Richtlinie auf Drittstaatsdiplome im Allgemeinen: NINA GAMMENTHALER, *Diplomanerkennung und Freizügigkeit*, 2010, S. 154 ff.).

3.3.2 Im Lichte dessen ist vorliegend davon auszugehen, dass die am 12. Juni 2009 in Deutschland ausgestellte "Anerkennungsurkunde" nicht als anerkennungsgegenständliche Berufsqualifikation im Sinn von Art. 3 Abs. 1 Bst. b der Richtlinie 2005/36/EG gilt. Da die als Ausgleichsmassnahme in Deutschland abgelegte Kenntnisprüfung bzw. der hierfür vorgängig absolvierte "Vorbereitungslehrgang für ausländische Pflegekräfte auf

die Krankenpflegeprüfung" – wie die Vorinstanz zutreffend ausführt – nicht Teil des deutschen Bildungssystems bilden, stellen sie ebenfalls keine anerkennungsgegenständlichen Qualifikationsnachweise im Sinn der Richtlinie dar.

3.3.3 Schliesslich kann zwar eine in einem Mitgliedstaat erworbene Berufserfahrung auch für sich allein betrachtet eine Berufsqualifikation im Sinn von Art. 3 Abs. 1 Bst. b der Richtlinie 2005/36/EG darstellen. Ausserhalb des – für den Beruf der Pflegefachpersonen nicht einschlägigen – Kapitels II (Art. 16 ff. der Richtlinie 2005/36/EG) kommt ihr aber als selbständiger Qualifikationsnachweis kaum praktische Bedeutung zu (vgl. FRÉDÉRIC BERTHOUD, a.a.O., S. 94 f.). So hat das Bundesverwaltungsgericht bereits mehrfach festgehalten, dass die Berufserfahrung im Anerkennungsverfahren einen Niveauunterschied in der Ausbildung nicht kompensieren kann (vgl. BVGE 2008/27 E. 3.9.1; Urteile des BVGer B-5988/2020 vom 28. April 2021 E. 4.4, B-4624/2009 vom 4. Oktober 2010 E. 7.7.3 und B-6201/2011 vom 6. März 2013 E. 7.1).

3.3.4 Anerkennungsobjekt bildet somit einzig das vom 2. Juli 1983 datierende ukrainische (Ursprungs-)Diplom als Krankenschwester. Damit fällt eine automatische Anerkennung auf der Grundlage des sektoralen Anerkennungssystems (Art. 21 ff. der Richtlinie 2005/36/EG) von vornherein ausser Betracht, da das ukrainische Diplom der Beschwerdeführerin nicht im Anhang V Ziff. 5.2.2 der Richtlinie 2005/36/EG figuriert. Es gelangen die Regeln über die allgemeine Anerkennung von Ausbildungsnachweisen (Art. 10 ff. der Richtlinie 2005/36/EG) zur Anwendung (vgl. Art. 10 Bst. g der Richtlinie 2005/36/EG; FRÉDÉRIC BERTHOUD, a.a.O., S. 104 ff.; NINA GAMMENTHALER, Diplomanerkennung und Freizügigkeit, 2010, S. 154 f.).

3.4 Im Rahmen des allgemeinen Anerkennungssystems ist das ukrainische Diplom als Krankenschwester mit der schweizerischen Ausbildung zur Pflegefachfrau HF zu vergleichen. Liegt das Berufsqualifikationsniveau der Beschwerdeführerin lediglich eine Stufe unter dem Niveau der schweizerischen Ausbildung nach Art. 11 der Richtlinie 2005/36/EG, so ist nach Massgabe von Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2005/36/EG das Diplom grundsätzlich anzuerkennen und der Beschwerdeführerin die Aufnahme und Ausübung des reglementierten Berufs zu gestatten. Zwecks Ausgleichs eines allfälligen Niveauunterschieds können dabei allfällige Massnahmen nach Art. 14 der Richtlinie 2005/36/EG angeordnet werden.

3.4.1 Unbestritten ist, dass die ukrainische Ausbildung zur Krankenschwester, welche die Beschwerdeführerin im Anschluss an die obligatorische Schule begann und nach drei Jahren abschloss, dem Qualifikationsniveau von Art. 11 Bst. b ii der Richtlinie 2005/36/EG zuzuordnen ist.

3.4.2 Zu prüfen ist, ob die Vorinstanz zu Recht angenommen hat, die schweizerische Ausbildung zur Pflegefachfrau HF sei auf dem Qualifikationsniveau von Art. 11 Bst. d der Richtlinie 2005/36/EG einzustufen.

Das Bundesverwaltungsgericht befasste sich mit dieser Frage im Urteil B-5988/2020 vom 28. April 2021 (E. 4.7 f.). Es erwog, dass es einer Ausbildung an einer höheren Fachschule bedürfe, um den Abschluss als "dipl. Pflegefachfrau HF" zu erlangen. Diese Ausbildung dauere in der Regel drei Jahre (Vollzeit), mit einer Vorbildung als "Fachfrau Gesundheit EFZ" indes nur zwei Jahre (<https://www.berufsberatung.ch/dyn/show/1900?id=8467>). Die höheren Fachschulen würden nicht unter das Schweizer Hochschulsystem fallen; sie seien dem Tertiär-B-Bereich zuzuordnen, während Universitäten und Fachhochschulen dem Tertiär-A-Bereich zugehörig seien. Dabei divergierten auch die jeweiligen Zulassungsvoraussetzungen. Die Diplome der höheren Fachschulen seien schon unter der Geltung früherer Richtlinien (89/48/EWG und 92/51/EWG) einem niedrigeren Niveau als das dreijährige Universitätsstudium zugeordnet worden. Die Richtlinie 2005/36/EG habe dieses System im Wesentlichen übernommen. Insofern korrespondiere das Niveau von Art. 11 Bst. c der Richtlinie 2005/36/EG mit dem Niveau "Diplome" der Richtlinie 92/51/EWG, welches die Abschlüsse der höheren Fachschulen erfasse. Ausserdem beziehe sich Art. 11 Bst. d der Richtlinie 2005/36/EG auf Ausbildungsgänge mit einer Dauer von mindestens drei und höchstens vier Jahren (oder auf eine Teilleistungs- oder Teilzeitausbildung von entsprechender Dauer), was bei der Ausbildung zur Pflegefachfrau HF unter Umständen nicht der Fall sei (jeweils mit Verweis auf das Urteil des BVGer B-655/2016 vom 30. Juni 2017 E. 6.2 und 7.2 f.). Das Bundesverwaltungsgericht gelangte alsdann zum Schluss, dass die schweizerische Ausbildung zur Pflegefachfrau HF dem Qualifikationsniveau von Art. 11 Bst. c der Richtlinie 2005/36/EG zuzuordnen sei.

3.4.3 An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten. Die Zuordnung der schweizerischen Ausbildung zur Pflegefachfrau HF zum Qualifikationsniveau von Art. 11 Bst. c der Richtlinie 2005/36/EG hat die Konsequenz, dass damit das ukrainische Diplom der Beschwerdeführerin (auf dem Qualifikationsniveau von Art. 11 Bst. b ii der Richtlinie 2005/36/EG) nur eine

Stufe unterhalb des schweizerischen Referenzabschlusses liegt. Somit erfüllt das Diplom der Beschwerdeführerin die Anerkennungsvoraussetzungen gemäss Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2005/36/EG. Der Vorinstanz kann daher nicht gefolgt werden, wenn sie die Gleichwertigkeitsanerkennung mit der Begründung verweigert, der Niveauunterschied zwischen der ukrainischen Ausbildung der Beschwerdeführerin und der schweizerischen Ausbildung zur Pflegefachfrau HF sei zu gross und könne nicht durch Ausgleichsmassnahmen kompensiert werden. Die sinngemäss erhobene Rüge, die Vorinstanz habe die Richtlinie 2005/36/EG unrichtig angewandt, erweist sich somit als begründet. Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich, auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin näher einzugehen.

4.

Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als begründet und ist gutzuheissen. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben.

4.1 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der Regel in der Sache selbst (reformatorisch) oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz oder an die Erstinstanz zurück (kassatorisch) (vgl. Art. 61 Abs. 1 VwVG). Eine Rückweisung ist namentlich dann angezeigt, wenn die Vorinstanz bei ihrer Entscheidung aufgrund der von ihr eingenommenen Rechtsauffassung Fragen nicht geprüft hat, die besondere Sachkenntnis bedingen oder bei deren Beurteilung sie einen Ermessensspielraum gehabt hätte (vgl. Urteil des BVGer B-4992/2015 vom 6. September 2017 E. 3.5; vgl. WEISSENBERGER/HIRZEL, in: Waldmann/ Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 61 VwVG N. 15 ff.).

4.2 Als Hauptantrag verlangt die Beschwerdeführerin die Gutheissung ihres Anerkennungsgesuchs. Zu beachten ist jedoch, dass Art. 14 der Richtlinie 2005/36/EG der Vorinstanz unter bestimmten Voraussetzungen ermöglicht, die Anerkennung mit Ausgleichsmassnahmen zu verbinden. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid aufgrund ihrer Rechtsauffassung nicht geprüft, ob allfällige Ausgleichsmassnahmen anzuordnen sind. Es ist nicht Sache des Bundesverwaltungsgerichts, erstmalig darüber zu entscheiden, zumal der Vorinstanz bei dieser Frage ein gewisser Ermessensspielraum zusteht (vgl. Urteil des BVGer B-5988/2020 vom 28. April 2021 E. 5.1).

4.3 Demnach ist die Sache zur Neu Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Unter Zugrundelegung, dass die Voraussetzungen für die Anerkennung gemäss Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2005/36/EG erfüllt sind, wird die Vorinstanz prüfen und entscheiden müssen, ob der Beschwerdeführerin allfällige Ausgleichsmassnahmen nach Art. 14 der Richtlinie 2005/36/EG aufzuerlegen sind.

5.

5.1 Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als obsiegend, weshalb ihr keine Kosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 und 3 VwVG); das ihr gewährte Recht auf unentgeltliche Rechtspflege braucht sie nicht zu beanspruchen (vgl. Urteil des BVGer A-3403/2013 vom 17. November 2014 E. 5.2). Vorinstanzen sind von der Kostenpflicht befreit (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

5.2 Obsiegende Parteien haben Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten (vgl. 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]).

5.2.1 Praxisgemäss ist der Honoraranspruch des Rechtsvertreters aus unentgeltlicher Verbeiständung subsidiär gegenüber einem Entschädigungsanspruch der obsiegenden (bedürftigen) Partei gegen die unterliegende Vorinstanz bzw. Gegenpartei: Ein Entschädigungsanspruch des unentgeltlichen Rechtsvertreters besteht demnach nur insoweit, als die bedürftige Partei unterliegt. Im Umfang als die verbeiständete Partei obsiegt, entfällt der Entschädigungsanspruch des unentgeltlichen Rechtsvertreters (vgl. Urteile des BVGer A-3403/2013 vom 17. November 2014 E. 5.3 und A-7011/2016 vom 19. Januar 2017 E. 7.2, je m.w.H.).

5.3 Der obsiegenden Beschwerdeführerin ist somit gestützt auf Art. 64 Abs. 1 VwVG (i.V.m. Art. 7 ff. VGKE) eine Parteientschädigung zu Lasten der Vorinstanz zuzusprechen, womit der Entschädigungsanspruch des unentgeltlichen Rechtsvertreters entfällt. Das Bundesverwaltungsgericht legt die Parteientschädigung aufgrund der eingereichten Kostennote oder, wenn keine Kostennote eingereicht worden ist, aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Vorliegend hat der Rechtsvertreter keine detaillierte Kostennote eingereicht. In der Beschwerdeschrift vom 15. Januar 2021 hat er jedoch eine Parteientschädigung von mindestens Fr. 2'500.– beantragt.

5.3.1 Parteikosten gelten als notwendig, wenn sie zur sachgerechten und wirksamen Rechtsverfolgung oder -verteidigung unerlässlich erscheinen (vgl. BGE 131 II 200 E. 7.2). Bei der Beurteilung, ob die geltend gemachten Kosten notwendig sind, steht dem Bundesverwaltungsgericht ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Massgeblich sind die Umstände des Einzelfalls, wobei insbesondere die Komplexität der Sach- und Rechtslage zu berücksichtigen ist. Gelangt das Bundesverwaltungsgericht zum Ergebnis, dass die geltend gemachte Entschädigung zu reduzieren ist, kürzt es diese in pauschaler Weise ohne einlässliche Berechnung (vgl. Urteile des BVGer A-644/2020 vom 24. Juni 2020 E. 3.2.5, B-8265/2010 vom 23. Oktober 2012 E. 12 und B-4484/2009 vom 23. März 2010 E. 11).

Die geltend gemachte Entschädigung von mindestens Fr. 2'500.– erscheint in Anbetracht der durchschnittlichen Komplexität der Streitsache und des Umfangs der eingereichten Rechtsschriften (7-seitige Beschwerdeschrift vom 15. Januar 2021; 2-seitige Replik vom 13. Mai 2021) als zu hoch. Als angemessen erscheint aus den genannten Gründen eine Parteienschädigung im Betrag von Fr. 1'500.– (inklusive Auslagen und Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen und der Teilentscheid des Schweizerischen Roten Kreuzes vom 27. November 2020 aufgehoben. Die Sache wird zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.– zugesprochen. Dieser Betrag ist der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu überweisen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde);
- die Vorinstanz (Ref-Nr.: [...]; Gerichtsurkunde).

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Ronald Flury

Davide Giampaolo

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 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 30. August 2021