

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2019.101 vom 3. Februar 2020**

BS Appellationsgericht, 2020-02-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2019.101](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2019.101)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2019.101 du 3 février 2020

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2019.101 del 3 febbraio 2020

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts für die Beurteilung des vorliegenden Rekurses ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidialdepartements vom 4. Juni 2019 sowie aus § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) und § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100). Zum Entscheid ist nach § 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) das Dreiergericht berufen.

### **E. 1.2**

1.2.1 Gemäss § 13 Abs. 1 VRPG ist zum Rekurs berechtigt, wer durch den angefochtenen Entscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat. Um schutzwürdig zu sein, muss das Interesse der Rekurrentin aktuell sein (VGE VD.2014.248 vom 7. Juni 2016 E. 1.2.1, VD.2015.177 vom 1. April 2016 E. 1, VD.2010.12 vom 27. Oktober 2010 E. 1.2; Wullschleger/Schröder, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, in: BJM 2005, S. 277, 292).

1.2.2 Die Rekurrentin ist als Betreiberin der verfügbungsbetroffenen Kindertagesstätten und Adressatin des angefochtenen Entscheids von diesem betroffen. Es fehlt ihr aber ein aktuelles Rechtsschutzinteresse, soweit ihren Anträgen zwischenzeitlich durch neue Entscheide entsprochen worden ist. Dies gilt etwa mit Bezug auf Ziff. 1.1 lit. a der Rechtsbegehren der Rekurrentin. Damit verlangt sie für ihre Institution D\_\_\_\_\_ die Erteilung einer auf zwei Jahre anstatt bloss auf ein Jahr befristeten Bewilligung. Eine solche ist ihr nun mit Verfügung vom 1. Oktober 2019 erteilt worden. Damit ist das diesbezügliche Rechtsschutzinteresse der Rekurrentin während des Verfahrens weggefallen und das Verfahren wäre insoweit als gegenstandslos geworden abzuschreiben (VGE VD.2016.170 vom 21. August 2017 E. 1.3.1, VD.2010.12 vom 27. Oktober 2010 E. 2.6; vgl. BGE 142 I 135 E. 1.3.1 S. 143; BGer 2C\_1226/2013 vom 11. Mai 2015 E. 1).

Auf das Erfordernis des aktuellen Interesses kann indessen ausnahmsweise dann verzichtet werden, wenn sich der gerügte Eingriff jederzeit wiederholen kann, seine rechtzeitige Überprüfung auf dem Rekursweg jedoch wegen der Dauer des Verfahrens kaum je möglich und deshalb kein endgültiger Entscheid in Grundsatzfragen herbeizuführen ist (Stamm, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 477, 500; Wullschleger/Schröder, a.a.O., 292 f.; BGE 126 I 250 E. 1b S. 252; VGE VD.2017.86 und VD.2017.175 vom 24. November 2017 E. 1.3.2, VD.2016.213 vom 10. Januar 2017 E. 1.3; VD.2016.170 vom 21. August 2017 E. 1.3.1). Das Bundesgericht verzichtet zumindest dann auf das Erfordernis des aktuellen praktischen Rechtsschutzinteresses, wenn

sich die mit der Beschwerde aufgeworfenen Fragen unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen können, eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre und die Beantwortung wegen deren grundsätzlichen Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt (VGE VD.2018.97 vom 25. September 2018 E. 1.2.3 m.H. auf BGE 142 I 135 E. 1.3.1 S. 143, 139 I 206 E. 1.1 S. 208, je m.H.; BGer 2C\_1052/2016 und 2C\_1053/2016 vom 26. April 2017 E. 1.3, m.H.). Die Rekurrentin hat im vorliegenden Verfahren ein über den vorliegenden Einzelfall hinausgehendes Interesse an der Entscheidung dieser Frage nicht konkret geltend gemacht. Zu beachten ist allerdings, dass ihr entsprechendes Rechtsschutzinteresse auch erst nach der Einreichung ihrer Replik weggefallen ist. Wie sich aus den Akten zudem ergibt, hat die Rekurrentin wiederholt neue Kindertagesstätten an neuen Standorten in Basel eröffnet. Auch wenn sie dies nicht explizit geltend macht, hat sie daher ein Interesse an der Prüfung der Frage, zumal aufgrund der Dauer des Rechtsmittelweges eine Prüfung der Frage der Befristung erstmaliger Bewilligungen durch das Verwaltungsgericht ansonsten kaum je möglich wäre. Folglich ist auf das Erfordernis der Aktualität des Rechtsschutzinteresses ausnahmsweise zu verzichten.

1.2.3 Nicht erkennbar erscheint aber, welches Interesse die Rekurrentin an der Anfechtung der ■ von der Vorinstanz mit Schreiben vom 9. Mai 2019 als mitangefochten bezeichneten ■ Verfügung der Fachstelle Tagesbetreuung vom 1. Mai 2019 haben könnte. Die Rekurrentin bestreitet mit ihrer Rekursbegründung nicht, dass mit dieser Verfügung inhaltlich einzig der Namensänderung der Leiterin ihrer Kindertagesstätte D\_\_\_\_\_ Rechnung getragen worden ist. Insoweit verlangt die Rekurrentin keine Änderung. Im Übrigen aber wurde die bereits mit den angefochtenen Verfügungen in der Fassung der Wiedererwägungsentscheide vom 27. August 2018 geschaffene, konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung weder rechtsgestaltend noch feststellend in verbindlicher Weise neu geregelt. Soweit die Rekurrentin diesbezüglich eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs zu erblicken meint, weil sie sich zur Verfügung mit der Namensanpassung nicht äussern können, kann ihr nicht gefolgt werden. Es ist nicht erkennbar, inwieweit sie durch diese Verfügung beschwert worden wäre, sodass sie diesbezüglich auch nichts "mitzutragen" braucht (vgl. RB Ziff. I.4).

1.2.4 Nicht einzutreten ist weiter auf die in Ziff. 90 der Rekursbegründung enthaltenen blossen Verweise auf die vorinstanzliche Rekursbegründung (vgl. Wullschleger/Schröder, a.a.O., 305 f.). Dies gilt umso mehr, als die Rekurrentin ihren Rekurs im vorliegenden Verfahren auf 44 Seiten begründet. Es kann nicht Sache des Verwaltungsgerichts sein, zu prüfen, inwieweit in der 43-seitigen Rekursbegründung im departementsinternen Rekursverfahren in Ergänzung dazu weitergehende Rügen erhoben werden.

1.2.5 Auf den gemäss § 16 Abs. 1 und Abs. 2 VRPG frist- und formgerecht eingereichten Rekurs ist somit in diesem Umfang einzutreten.

1.3 Die Kognition des Verwaltungsgerichts bestimmt sich nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG. Demnach hat das Verwaltungsgericht zu prüfen, ob die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt, öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewandt oder von dem ihr zustehenden Ermessen einen unzulässigen Gebrauch gemacht hat (VGE VD.2016.162 vom 19. September 2016 E. 1.5, VD.2016.66 vom 20. Juni 2016 E. 1.3).

## **E. 2**

2.2 Bei Auflagen, Bedingungen oder einer Befristung handelt es sich um Nebenbestimmungen, die die durch eine Verfügung begründeten Rechte und Pflichten entsprechend den konkreten Umständen ausgestalten. Das in Art. 5 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV, SR 101) niedergelegte Legalitätsprinzip gilt auch für Nebenbestimmungen. Diese brauchen jedoch nicht in jedem Fall ausdrücklich in einem Rechtssatz enthalten zu sein. Ihre Zulässigkeit kann sich auch aus dem mit dem Gesetz verfolgten Zweck und dem mit der Hauptanordnung zusammenhängenden öffentlichen Interesse ergeben (vgl. BGer 1C\_750/2013 vom 28. April 2014 E. 3.1, 2C\_855/2008 vom 11. Dezember 2009 E. 4; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 926). Nebenbestimmungen müssen zudem mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit vereinbar sein, d.h. sie müssen die Voraussetzungen der Eignung, der Erforderlichkeit und der Verhältnismässigkeit zwischen Zweck und Wirkung des Eingriffs erfüllen (Art. 5 Abs. 2 BV; BGer 1C\_402/2016 vom 31. Januar 2018 E. 10.2 f.).

### **E. 3**

Strittig ist zunächst die von den Vorinstanzen vorgenommene Befristung der Bewilligung für die im Jahr 2018 eröffnete Kindertagesstätte D\_\_\_\_\_ auf ein Jahr.

3.1 Die Vorinstanz hat dazu erwogen, die Befristung der Bewilligung für die neu eröffnete Kita D\_\_\_\_\_ auf ein Jahr liege darin begründet, dass sich neue Standorte im Aufbau befänden, die Kinderzahl sich laufend verändere und entsprechend laufend zusätzliches Personal eingestellt werde. Dies erfordere eine engere Beaufsichtigung einer Kita im ersten Betriebsjahr, auf deren Grundlage nach dem ersten Betriebsjahr mit der Betriebsleitung und Trägerschaft eine Standortbestimmung vorgenommen und die Bewilligung in der Folge unter Berücksichtigung der veränderten sowie in der Zwischenzeit etablierten Verhältnisse in der Kita, insbesondere der Anzahl belegter und noch belegbarer Vollzeitplätze, erneuert werden könne. Dieser Prozess setze sich nach einem erfolgreich verlaufenden ersten Betriebsjahr in der Folge nicht mehr in derselben Intensität fort, weshalb darauf regelmässig eine auf zwei Jahre befristete Betriebsbewilligung erteilt und der Spielraum für die weitere Entwicklung der Kindertagesstätte entsprechend erweitert werde. Die so motivierte Praxis liege zum einen im Interesse der Rechtssicherheit der Betriebsleitung und der Trägerschaft einer neuen Kindertagesstätte, da sie aufgrund der an die veränderten Verhältnisse angepassten neuen Bewilligung über eine bessere Planungsgrundlage für den Weiterbetrieb der Kita verfügten. Zum anderen liege diese Praxis auch im Interesse des vorrangig zu beachtenden Wohls der zu betreuenden Kinder (Art. 1a Abs. 1 PAVO, § 1 Abs. 2 TBV).

3.2 Die Rekurrentin rügt in diesem Zusammenhang zunächst die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz und bestreitet, dass die Fachstelle Tagesbetreuung "eine einjährige Bewilligungspraxis" anwende. Soweit sie behauptet, selber in der Vergangenheit nach Eröffnung neuer Kindertagesstätten sofort eine zweijährige Bewilligung erhalten zu haben, unterlässt sie es, dies zu substantiieren. Demgegenüber hat die Vorinstanz belegt, dass der Rekurrentin nach deren Eröffnung auch die Bewilligungen für ihre Kindertagesstätten C\_\_\_\_\_ mit Verfügung vom 10. Juni 2011 (act. 8/12/6), B\_\_\_\_\_ mit Verfügung vom 28. Juli 2014 (act. 8/12/7), [...] mit Verfügung vom 1. Februar 2019 (act. 8/12/8) und [...] mit Verfügung vom 5. November 2018 (act. 8/12/5) mit einer Befristung von rund einem Jahr erteilt worden sind. Die von der Rekurrentin angeführten Verfügungen betreffend der Standorte B\_\_\_\_\_ und C\_\_\_\_\_ mit Befristungen auf zwei Jahre und mehr betreffen jeweils einen Zeitpunkt mit bereits überjährigem Bestand. Demgegenüber hat die Vorinstanz darauf verzichtet, entsprechende, andere Betreiberinnen mit neuen Standorten in Basel betreffende

Verfügungen zu den Akten zu nehmen. Dies ist nicht zu beanstanden. Selbst wenn in Vergangenheit Dritte anders behandelt worden sein sollten, könnte die Rekurrentin daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Zwar erfordert das aus Art. 8 Abs. 1 BV fließende Gleichbehandlungsgebot, dass rechtserhebliche Sachverhalte nach Massgabe ihrer Gleichheit gleich zu behandeln sind. Es besteht aber grundsätzlich kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht, soweit eine Behörde nicht zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft Dritte anders zu behandeln gedenkt (Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich 2016, N 771 f.). Dies ist vorliegend gerade nicht der Fall, macht die Behörde mit dem angefochtenen Entscheid doch deutlich, dass sie zukünftig auch gegenüber Dritten gleich verfahren wird. Sodann stellt selbst im Falle einer in der Vergangenheit möglicherweise abweichenden Praxis die bessere Erkenntnis der Ratio des Gesetzes einen ernsthaften sachlichen Grund dar, aufgrund dessen eine solche Praxis abgeändert werden könnte (VGE VD.2018.21 vom 25. September 2019 E. 4.3 m.H. auf BGE 144 III 175 E. 2 S. 178, 137 III 352 E. 4.6 S. 360 und Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 676). Damit sind der Rüge einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebots gemäss Art. 8 BV wie auch einer Verletzung des Anspruchs auf Gleichbehandlung direkter Konkurrenten als Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV die Grundlage entzogen. Zu prüfen ist daher allein, ob die von der Vorinstanz dargestellte Praxis auf sachlichen Gründen beruht und gerechtfertigt erscheint.

3.3 Fehlt aber der Nachweis einer früheren Praxis, gemäss welcher der Rekurrentin für neu eröffnete Kindertagesstätten Bewilligungen für mindestens zwei Jahren erteilt worden wären, so fehlt es auch an der Grundlage der von den Rekurrentin geltend gemachten Verletzung des Gebots von Treu und Glauben und einer Grundlage für ein Vertrauen auf die Erteilung länger dauernder erstmaliger Bewilligungen eines neu eröffneten Betriebs (vgl. RB Ziff. 24 f).

### **E. 3.4**

3.4.1 Die Rekurrentin bestreitet zu Recht nicht, dass Bewilligungen für den Betrieb von Kindertagesstätten gemäss Art. 16 Abs. 2 PAVO und § 7 Abs. 1 lit. e TBV befristet werden dürfen. Damit ist eine gesetzliche Grundlage für den Erlass der Befristung als Nebenbestimmung der Bewilligung vorhanden. Diese verfolgt offensichtlich den mit Art. 15 Abs. 1 PAVO verfolgten Zweck der Wahrung des Kindeswohls insbesondere durch Sicherstellung einer die körperliche und geistige Entwicklung förderlichen Betreuung der Minderjährigen und einer befähigten Heimleitung.

3.4.2 Die Rekurrentin macht diesbezüglich geltend, die gesetzlichen Grundlagen seien für eine Befristung einer Bewilligung für neu eröffnete Standorte auf lediglich ein Jahr nicht genügend bestimmt, als dass ein Verfügungsadressat sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen könnte. Darin kann ihr nicht gefolgt werden.

Das Legalitätsprinzip im Sinne von Art. 36 Abs. 1 BV verlangt aufgrund des Gesetzesvorbehalts und im Interesse der Rechtssicherheit sowie der Berechenbarkeit, Voraussehbarkeit und Gleichmässigkeit staatlichen Handelns eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit der anzuwendenden Rechtssätze. Das Gebot nach Bestimmtheit rechtlicher Normen darf dabei aber nicht in absoluter Weise verstanden werden. Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit hängt vielmehr von der Vielfalt der zu ordnenden

Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab (BGE 132 I 49 E. 6.2 S. 58). Die genannte, vorliegend angewandte Grundlage für die Befristung ist letztlich unabhängig von ihrer Dauer, weshalb die Rüge zum vornherein ins Leere zielt. Gerade im Bereich des Kindsschutzes ist der Gesetzgeber aber auch in anderen Bereichen gezwungen, selbst weitreichende Entscheidungen, wie den Entzug des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts über ein Kind, auf eine in allgemeiner Weise auf das Kindeswohl verweisende gesetzliche Grundlage zu stellen (vgl. Art. 310 ZGB). Im Übrigen hat die Bewilligungsbehörde auch mit der auf ein Jahr befristeten Bewilligung die in Umsetzung des Vorrangs des Kindeswohls gemäss Art. 1a PAVO nach Art. 15 PAVO verlangten Voraussetzungen für die Bewilligung im Einzelfall zu konkretisieren. Soweit sich die Ausgangslage mit Bezug auf die Wahrung des Wohls der betreuten Kinder nicht grundlegend ändert, darf die Rekurrentin bei weiterhin erfolgreicher Erfüllung dieser Voraussetzungen daher davon ausgehen, dass die Bewilligung erneuert wird. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Rekurrentin aufgrund einer nach Eröffnung eines neuen Standortes bloss auf ein Jahr befristeten Bewilligung nicht in der Lage sein soll, die Folgen ihres Verhaltens mit genügender Bestimmtheit zu erkennen.

3.4.3 In der Sache rügt die Rekurrentin, dass sie zu Unrecht "Neulingen" gleichgestellt werde, die mit "gänzlichen Neueröffnungen von Kleinbetrieben" beginnen und "nicht über die notwendige Erfahrung" verfügten oder diese noch nicht unter Beweis gestellt hätten. Es sei weder sachgerecht noch angemessen, sie trotz ihrer langjährigen Erfahrung auf dem Gebiet der Kinderbetreuung und dem erfolgreichen Betrieb von Kindertagesstätten an einer Vielzahl von Standorten mit solchen Neulingen "in einen Topf" zu werfen. Im Übrigen könne es nicht nur im ersten Betriebsjahr zu Fluktuationen bei der Betreuungszahl kommen. Sie habe im Unterschied zu kleineren Einrichtungen aufgezeigt, dass sie aufgrund ihrer Grösse Fluktuationen bei der Betreuung oder den Mitarbeitenden problemlos bewältigen könne. Es seien daher auch Faktoren wie Grösse, Erfahrung, Struktur oder Organisation einer Trägerschaft bei Neueröffnungen zu berücksichtigen. Indem die Vorinstanz diese Faktoren ausser Acht lasse, begehe sie eine Ungleichbehandlung. Als professionelle, mehrfach ausgezeichnete Anbieterin von qualitativ hochstehenden Kinderbetreuungsleistungen garantiere sie das Kindeswohl als in Art. 1a PAVO gesetzlich festgelegte Ziel der Kinderbetreuung. Die Vorinstanz habe denn auch nicht dargelegt, inwieweit sie jemals die Anforderungen gemäss Art. 15 PAVO nicht erfüllt hätte. Die "enorm kurze Befristung" sei daher auch nicht verhältnismässig, zumal mildere, aufsichtsrechtliche Mittel zur Verfügung stünden.

Diesbezüglich ist festzustellen, dass gemäss Art. 16 Abs. 2 PAVO und § 7 Abs. 1 lit. e TBV der Bewilligungsbehörde ein weiter Ermessensspielraum bei der Bemessung der Befristung einer Bewilligung zukommt (vgl. allgemein Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 926 und bezüglich Art. 15 Abs. 1 lit. b PAVO VGE ZH VB.2017.00826 vom 23. April 2018 E. 2.3), in welchen das Verwaltungsgericht nicht einzugreifen befugt ist (vgl. oben E. 1.3). Zutreffend ist zwar, dass sich die Rekurrentin aufgrund ihrer Erfahrung im Betrieb von Kindertagesstätten bei der Neueröffnung eines weiteren Kindertagesheimstandorts von einer Betreiberin ohne entsprechende Erfahrung unterscheidet. Gleichwohl erscheint es aber mit den Erwägungen der Vorinstanz nachvollziehbar, dass auch bei der Eröffnung einer neuen Kindertagesstätte der Rekurrentin an einem neuen Standort unter neuer Leitung und

mit neuem Personal gegenüber einem seit Jahren bestehenden Betrieb relevante Unterschiede bestehen, welche eine differenzierte Beurteilung und Bewilligungserteilung erlauben. Die Rekurrentin bestreitet denn auch nicht, dass sich in der Aufbauphase entsprechend den Erwägungen der Vorinstanz die Kinderzahl laufend verändert und gegebenenfalls entsprechend zusätzliches Personal eingestellt werden muss, was eine engere Beaufsichtigung einer Kindertagesstätte im ersten Betriebsjahr indiziert.

3.4.4 Nicht ersichtlich ist weiter, dass mit der verkürzten Befristung der Bewilligung im ersten Betriebsjahr wesentlich in die Wirtschaftsfreiheit der Rekurrentin eingegriffen würde. Ein solcher Eingriff wird von der Rekurrentin denn auch nicht plausibilisiert. Soweit die Voraussetzungen, unter deren Annahme die auf ein Jahr befristete Bewilligung erteilt worden ist, auch nach dem ersten Betriebsjahr erfüllt sind, darf die Rekurrentin ohne Weiteres von der Erneuerung der Bewilligung ausgehen. Sollten sich diese Annahmen aber aufgrund der betrieblichen Erfahrungen als unzutreffend erweisen, so gebietet das Kindeswohl die Neubeurteilung der Situation. In diesem Falle wäre aber auch nach erfolgter Erteilung einer auf zwei Jahre befristeten Bewilligung in Anwendung von Art. 19 f. PAVO zu intervenieren. Vor diesem Hintergrund liegt die vorgenommene Befristung auch im öffentlichen Interesse und erweist sich als verhältnismässig.

3.5 Vor diesem Hintergrund ist der Willkürzüge der Rekurrentin mit Bezug auf die vorgenommene Befristung der Bewilligung für die Aufnahme des Betriebes der Kindertagesstätte D\_\_\_\_ die Grundlage entzogen.

#### **E. 4**

Weiter richtet sich der Rekurs der Rekurrentin gegen die Auflagen in den Bewilligungen für ihre Kindertagesstätten C\_\_\_\_, B\_\_\_\_ und D\_\_\_\_. Ihre Verfügungen vom 9. Juli resp. 27. August 2018 verband die Fachstelle Tagesbetreuung jeweils mit der Auflage, mit dem aktuell beschäftigten Personal nicht mehr als 30 (B\_\_\_\_), 25 (C\_\_\_\_) sowie 14 (D\_\_\_\_) Vollzeitplätze zu belegen und zusätzliches Personal einzustellen, sobald mehr Plätze belegt würden.

4.1 Die Vorinstanzen haben ihre Auflagen zu den belegbaren Vollzeitplätzen in formeller Hinsicht auf Art. 16 Abs. 2 PAVO und materiell-rechtlich auf Art. 15 Abs. 1 lit. b PAVO gestützt. Gemäss Art. 16 Abs. 2 PAVO hält die Bewilligung fest, wie viele und was für Personen aufgenommen werden dürfen. Die Bewilligung darf dabei nur erteilt werden, wenn der Leiter und seine Mitarbeitenden nach Persönlichkeit, Gesundheit, erzieherischer Befähigung und Ausbildung für ihre Aufgabe geeignet sind und die Zahl der Mitarbeitenden für die zu betreuenden Minderjährigen genügt.

Eine Betriebsbewilligung darf gemäss Art. 15 Abs. 1 lit. b PAVO unter anderem nur erteilt werden, wenn die Zahl der Mitarbeitenden für die zu betreuenden Minderjährigen genügt. Die Fachstelle hat daher sicherzustellen, dass die Zahl der Mitarbeitenden und deren Qualifikation eine genügende Betreuung der Kinder gewährleistet. Dafür kann sie die Bewilligung gestützt auf Art. 16 Abs. 2 PAVO unter entsprechenden Auflagen erteilen. Namentlich kann der Betreiberin einer Krippe vorgeschrieben werden, dass sie die ständige Anwesenheit einer bestimmten Zahl von Betreuenden pro bestimmter Anzahl Kinder sicherstellt (VGE ZH VB.2017.00826 vom 23. April 2018 E. 2.4).

4.2 Die Rekurrentin rügt zwar bezüglich der Bestimmung der belegbaren Vollzeitplätze eine ungleiche Behandlung gegenüber Mitbewerberinnen und mithin eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots, unterlässt es aber, diese angebliche Ungleichbehandlung zu

substantiieren (RB Ziff. 37). Soweit sich die Rekurrentin auf das Mail der Fachstelle vom 28. August 2018 bezieht, kann sie daraus mit Bezug auf die Berechnung der Belegung aufgrund des vorhandenen Personals nichts zu ihren Gunsten ableiten. Es wird allein zu prüfen sein, ob die Anordnung entsprechender Auflagen in den die Rekurrentin betreffenden Verfügungen mit Blick auf dieses Schreiben verhältnismässig erscheint.

Vor diesem Hintergrund kann es nicht Sache des Verwaltungsgerichts sein, auf der Grundlage des entsprechenden Antrags auf "Edition sämtlicher Betriebsbewilligungen seit dem 10. Juni 2011" durch die Fachstelle Tagesbetreuung gewissermassen nach der vollkommen unsubstantiiert geltend gemachten Ungleichbehandlung zu forschen. Es handelt sich insoweit um den Versuch einer unzulässigen "fishing expedition", mit der ohne konkrete Anhaltspunkte ein Sachverhalt ausgeforscht werden soll (vgl. Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 2052 m.H. auf BGVE 2011/14 E. 5.2.2.1). Zwar gilt im Verwaltungsrecht grundsätzlich der Untersuchungsgrundsatz (BGE 139 II 489 E. 3.2 S. 495; VGE VD.2015.219 vom 18. April 2016 E. 2.3.2), wonach das Gericht unabhängig von Beweisanträgen der Parteien die materielle Wahrheit von Amtes wegen zu erforschen hat. Dieser Grundsatz wird aber durch die prozessuale Mitwirkungspflicht der Parteien begrenzt. Eine solche unsubstantiierte Beweisausforschung ist daher auch unter der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes unzulässig. In Anwendung von § 16 Abs. 2 VRPG müssen nach feststehender Praxis des Verwaltungsgerichts bereits mit der Rekursbegründung alle Sachverhaltsvorbringen erhoben und belegt werden (VGE VD.2015.133 vom 8. Dezember 2015 E. 4.3.1; VD.2016.194 vom 27. Dezember 2016 E. 2.4). Es wäre daher an der Rekurrentin gelegen, die geltend gemachte Ungleichbehandlung zu substantiieren und Beispiele einer im Vergleich zur strittigen Bewilligungspraxis erfolgenden Privilegierung von Drittanbieterinnen konkret zu benennen oder zumindest konkrete Anhaltspunkte für eine Ungleichbehandlung vorzubringen. Dies hat die Rekurrentin unterlassen, sodass darauf nicht weiter einzutreten ist.

4.3 Mit ihren angefochtenen Verfügungen vom 9. Juli resp. 27. August 2019 verweist die Fachstelle Tagesbetreuung für die Festlegung der maximalen Belegung auf den eingereichten Betreuungsschlüssel und die gängige Praxis (vgl. act. 8/20). Die Vorinstanz hat diesbezüglich auf die Konkretisierung der Voraussetzungen in den Richtlinien über die Bewilligung und Aufsicht von Tagesheimen zur familienergänzenden Betreuung von Kindern vom 1. Oktober 2008 (nachfolgend Kita-Richtlinien, abrufbar unter: <https://www.jfs.bs.ch/fuer-fachpersonen-traegerschaften/tagesheime/dokumente-tagesbetreuung.html>) verwiesen. Nach deren Ziff. 3.2.2 muss für zehn belegte Plätze mindestens eine pädagogisch ausgebildete Betreuungsperson zuständig sein und der Einsatzplan so angelegt sein, dass von einer Betreuungsperson mit oder ohne pädagogische Ausbildung nicht mehr als fünf Kinder gleichzeitig betreut werden. Diese Vorgabe erscheine im Lichte der konkretisierten gesetzlichen Bestimmungen sachgerecht. Die Ermittlung der Anzahl belegbarer Vollzeitplätze erfolge in jedem Einzelfall aufgrund der aktuellen Angaben der Betreiberin der Kindertagesstätte zum beschäftigten Personal auf dem Formular "Erfassung Stellenschlüssel Institution" und des Betreuungsschlüssels, mit dem das Verhältnis zwischen der Anzahl zu betreuender Kinder und der Anzahl Betreuungspersonen festgelegt werde. Der Betreuungsschlüssel basiere dabei auf den beiden Formeln gemäss Ziff. 3.2.2 der Kita-Richtlinien für die Festlegung der mit dem beschäftigten Betreuungspersonal mit und ohne pädagogische Ausbildung belegbaren Vollzeitplätze. Diese fussen auf einem

Betreuungsverhältnis von maximal fünf Kindern pro pädagogischer Mitarbeiterin resp. pädagogischem Mitarbeiter und von maximal 9,78 Kindern pro pädagogisch ausgebildeter Mitarbeiterin resp. pädagogisch ausgebildetem Mitarbeiter. Entsprechend würden die 1'772 Normarbeitsstunden pro Jahr mit den Stellen des pädagogischen resp. des pädagogisch ausgebildeten Personals und den Kindern pro Mitarbeitenden multipliziert und durch die durchschnittlich 245 Öffnungstage pro Jahr und die gewichteten täglichen 10 Öffnungsstunden geteilt.

4.4 Mit dem Formular "Erfassung Stellenschlüssel Institution" meldete die Rekurrentin am Standort B \_\_\_ 130 Stellenprozent Leitungspersonal, 450 Stellenprozent pädagogisch ausgebildetes Personal und 355 Stellenprozent pädagogisch nicht oder noch nicht ausgebildetes Personal, am Standort C \_\_\_ 130 Stellenprozent Leitungspersonal, 455 Stellenprozent pädagogisch ausgebildetes Personal und 465 Stellenprozent pädagogisch nicht oder noch nicht ausgebildetes Personal sowie am Standort D \_\_\_ 120 Stellenprozent Leitungspersonal, 200 Stellenprozent pädagogisch ausgebildetes Personal und 200 Stellenprozent pädagogisch nicht oder noch nicht ausgebildetes Personal. Daraus ermittelte die Fachstelle mit den vom 9. Juli 2018 datierenden Berechnungsblättern zum Betreuungsschlüssel für die Standorte B \_\_\_, C \_\_\_ und D \_\_\_ die verfügbare Anzahl belegbarer Vollzeitplätze. Beim Standort B \_\_\_ ergaben die Formeln Werte von 29.11 resp. 31.83 und damit eine aufgerundete Belegungszahl von 30 Kindern, beim Standort C \_\_\_ aufgrund des vergleichsweise tiefen Personalbestands an pädagogisch ausgebildeten Mitarbeitenden und den Werten 33.27 resp. 25.82 eine Belegungszahl von 25 Kindern und am Standort D \_\_\_ aufgrund der Werte von 14.47/14.14 eine Belegungszahl von 14 Kindern. Dabei berücksichtigte die Fachstelle am Standort C \_\_\_ 90 Stellenprozent des gemeldeten ausgebildeten Personals nicht als solches, da die Ausbildung Cache Level 2 einer zu 90 % angestellten Mitarbeitenden nicht für die Anerkennung als ausgebildete Betreuungsperson ausreicht. Sie rechnete diese Mitarbeiterin aber zu dem nicht oder noch nicht ausgebildeten Personal hinzu.

Diese Berechnung wurde von der Vorinstanz als korrekt beurteilt. Es erscheint vertretbar und damit im Ermessen der Fachstelle zu liegen, bei der Berechnung der belegbaren Vollzeitplätze im Rahmen der Bewilligungserteilung bzw. -verlängerung die Angaben der Betreiberin der Kindertagesstätte zum beschäftigten Personal auf ein Jahr hochzurechnen und dabei bezüglich der jährlichen Normarbeitsstunden, Öffnungstage und täglichen Öffnungszeiten sowie der Anzahl betreuer Kinder pro pädagogisch ausgebildeter Person auf erfahrungsbasierte Werte bzw. Vorgaben abzustellen, da die täglich schwankende Anzahl zu betreuender Kinder und deren jeweils unterschiedliche Anwesenheitsdauer mit Rücksicht auf eine rechtsgleiche und praktikable Praxis nicht bei jeder Tagesstätte individuell berücksichtigt werden können.

4.5 Die Rekurrentin rügt diese Berechnung unter Zitierung ihrer vorinstanzlichen Rekursbegründung als nicht nachvollziehbar (RB Ziff. 38 ff., 47). Diese Kritik ist unverständlich. Mit dem angefochtenen Entscheid ist die Berechnung wie ausgeführt eingehend erläutert worden. Insbesondere geht daraus auch hervor, von welchen personellen Ressourcen pro Standort die Fachstelle auf der Grundlage der eigenen Meldungen der Rekurrentin ausgegangen ist. Damit setzt sich die Rekurrentin nicht auseinander. Sie behauptet bloss in weitgehend unsubstantiiertes Weise, die Berechnungsblätter seien auf der Grundlage falscher Annahmen erstellt worden und stünden in krassem Widerspruch zu den tatsächlichen Verhältnissen. Konkretisiert wird

allein der Vorwurf, die Fachstelle habe zu Unrecht Belegungslisten einverlangt, welche der Fluktuation aufgrund von Kinderwechsel, Ferienabwesenheiten und Sommerloch nicht Rechnung tragen. Dies wird replicando mit Bezug auf die Verhältnisse am Standort [...] weiter ausgeführt (vgl. Replik Ziff. 9 ff.). Darin kann der Rekurrentin nicht gefolgt werden. Sie macht nicht geltend, auf welche Parameter der angewandten Formel sich das Abstellen auf die Belegungslisten anstelle der von ihr als Grundlage verlangten Präsenzlisten zu ihren Lasten auswirken sollte. Im Übrigen bleibt es ihr Geheimnis, wie die Berücksichtigung unvorhersehbarer Fluktuationen einzelner Kinder bei der Berechnung des notwendigen Personalbestandes ohne erheblichen Einfluss auf die Betreuungskontinuität erfolgen könnte. Zudem scheint die Rekurrentin bei ihren Berechnungen Krankheiten und Absenzen der angemeldeten Kinder fest einplanen zu wollen, sodass sie bei deren vollzähligen Anwesenheit offensichtlich nicht auf die für ihre Betreuung notwendigen Personalressourcen zurückgreifen kann. Dies gilt umso mehr, als neben Abwesenheiten auch hinzugebuchte Extratage hinzukommen können (Replik Ziff. 13). Wie im Übrigen auf konkrete Verhältnisse womöglich noch bezogen auf jeden einzelnen Halbtage im Jahr und entsprechende andauernde Aufsichtsbesuche vor Ort (vgl. RB Ziff. 46) in einem Bewilligungsverfahren abgestellt werden sollte, ist nicht erfindlich. Soweit die Rekurrentin diesbezüglich den finanziellen Ruin einzelner Standorte ins Feld führt, kann zudem auf den notorischen Umstand verwiesen werden, dass die Eltern auch im Falle von Abwesenheiten ihrer Kinder den Betreuungsbeitrag zu entrichten haben. In diesem Sinne ergibt sich die Auslastung eines Tagesheimes nicht allein aus der Anzahl der anwesenden, sondern vielmehr jener der aufgenommenen Kinder.

Nichts anderes ergibt sich auch aus dem von der Rekurrentin zitierten Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts (VGE ZH VB.2017.00826 vom 23. April 2018 E. 2.4). Dort hat das Gericht ausgeführt, es könne nicht Sache der Bewilligungsbehörde sein, darüber zu entscheiden, wie viele Stunden pro Woche die Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin zu arbeiten haben, wie diese einen allfälligen Schichtbetrieb organisiert und wie viele Wochen Ferien zu gewähren sind. Die Beschwerdegegnerin habe sich vielmehr auf die Prüfung zu beschränken, ob eine angemessene Kinderbetreuung mit dem vorgesehenen Personalbestand möglich ist. Vorliegend hat sich die Fachstelle Tagesbetreuung denn auch nur dieser Prüfung und Regelung angenommen.

Weiter wirft die Rekurrentin der Vorinstanz vor, nicht überprüft zu haben, ob die Formeln der Fachstelle Tagesbetreuung korrekt sind (RB Rz. 47). Diesbezüglich fehlt es aber wiederum an einer Substantiierung, welcher Parameter dieser Formel aus welchen Gründen nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprechen sollte. Auf die pauschale Rüge kann daher nicht weiter eingetreten werden.

## **E. 4.6**

4.6.1 Weiter macht die Rekurrentin geltend, sie verfüge "nachweislich über genügend Betreuungspersonal, um die maximal bewilligte Anzahl der Plätze bei den streitgegenständlichen Standorten ([...]) zu betreuen" (RB Ziff. 45). Zum Beweis verweist sie allein auf ihre Rechtsschriften im vorinstanzlichen Verfahren (vgl. act. 8/15) und auf die Befragung eines Geschäftsleitungsmitgliedes. Mit welchem vorhandenen Personal über die bewilligten Vollzeitplätze hinaus weitere 18 (B\_\_\_\_ [30/48]), 14 (C\_\_\_\_ [25/39]) sowie 24 Kinder (D\_\_\_\_ [14/38]) bis zur jeweiligen maximalen Anzahl der Betreuungsplätze betreut werden sollen, wird nicht konkret benannt. Entsprechende Personalnachweise mittels Personallisten über die gemeldeten Personen hinaus fehlen. Sie werden auch im

vorliegenden Verfahren aufgrund der Akten nicht in konkretisierter Weise geführt. Die Rekurrentin unterlässt es gänzlich, ihren Standpunkt, wonach sie "und ihr Betreuungspersonal in ihrer Gesamtheit und mit Blick auf die konkreten Verhältnisse zu erfassen" seien, in der Weise zu konkretisieren, dass mit konkreten Personalnachweisen belegt werden kann, dass an den drei Standorten unter Beachtung der relevanten Betreuungsschlüssel insgesamt 125 Kinder vollzeitlich betreut werden können. Dieser fehlende Nachweis könnte durch die Befragung eines Organs der Rekurrentin nicht ersetzt werden.

4.6.2 Es fehlt daher bereits an einer nachvollziehbaren Grundlage zur Beurteilung der von der Rekurrentin bereits im vorinstanzlichen Verfahren erhobenen Behauptung, sie verfüge mit ihrer Grösse über eine Vielzahl von Betreuungspersonen und könne damit den Nachfragefluktuationen bei den unterschiedlichen Standorten optimal gerecht werden, indem sie ihr Personal im Rahmen der bewilligten Anzahl an Vollzeitplätzen und unter Einhaltung des Betreuungsschlüssels dort einsetze, wo es gebraucht werde. Mit der Auflage zu den belegbaren Vollzeitplätzen werde diese optimale Auslastung geradewegs verhindert. Es bestehe die Gefahr, dass als Folge der Auflage gewisse Standorte nicht mehr effizient geführt und betrieben werden könnten.

Diesem Ansatz hat die Vorinstanz im Übrigen zu Recht entgegengehalten, dass das unternehmerische Interesse der Rekurrentin an der optimalen Steuerung ihrer Personalressourcen nicht gleichgerichtet mit dem vorrangigen öffentlichen Interesse einer am Kindeswohl orientierten Kinderbetreuung sei (Art. 1a Abs. 1 PAVO, § 1 Abs. 2 TBV). Eine solche setze aufgrund der Bedürfnisse der Kinder nach Beständigkeit und Geborgenheit Beziehungskontinuität voraus, die den nötigen Beziehungsaufbau zwischen Kind und Betreuungs- bzw. Bezugsperson ermögliche (vgl. dazu Rosch/Mauri, Kinderschutz, in: Rosch/Fountoulakis/Heck [Hrsg.], Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, 2. Aufl., Bern 2018, Rz. 1009). Dieser Beziehungskontinuität seien häufige Wechsel von Betreuungspersonen als Folge einer optimalen Steuerung der Personalressourcen abträglich, was besonders Säuglinge und Kleinkinder mit einem grossen Bedürfnis nach Beständigkeit und Geborgenheit überfordere. Häufige personelle Wechsel stellten aber auch die Mitarbeitenden der Rekurrentin vor die Herausforderung, sich immer wieder von neuem auf ihnen nicht vertraute Betreuungssituationen in einem neuen Betreuungsumfeld einlassen zu müssen. Die Auflage beuge daher auch solchen Überlastungssituationen von Mitarbeitenden vor. Die Auflage entspreche daher einem überwiegenden öffentlichen Interesse und sei verhältnismässig. Sie könne auch nicht durch die jährliche Überprüfung des Betreuungsschlüssels als mildere Massnahme ersetzt werden, diene diese doch der späteren Beaufsichtigung der Betreiberin einer Kindertagesstätte, regelmässigen Kontrollen der Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen und mithin einem anderen Zweck. Die Überprüfung ersetzt nicht die Sicherstellung der kindsgerechten Betreuung in personeller Hinsicht durch konkrete standardisierte Vorgaben an die Betreiberin.

Die Rekurrentin hält diesen zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz allein den Vorwurf entgegen, ihr zu Unrecht häufige Personalwechsel vorzuwerfen. Sie belegt aber nicht, wie sie ihr Personal flexibel einzusetzen gedenkt, ohne das Bedürfnis der betreuten Kinder nach Beziehungskontinuität zu verletzen. Wenn sie über das ordentliche, den einzelnen Standorten zur Verfügung stehende und für die Berechnung der jeweiligen Belegung massgebende Personal nun einen flexiblen Einsatz weiterer Personalressourcen geltend

macht, so fehlt dieses Personal einerseits bei den anderen Standorten, sodass dort das Personal für eine Auslastung im Umfang der bewilligten Vollzeitplätze fehlt und andererseits resultiert eine grössere Fluktuation in der Betreuung, welche dem Kindeswohl mit den Erwägungen der Vorinstanz abträglich ist.

4.7 Mit ihrem Rekurs macht die Rekurrentin weiter einen Anspruch auf Schutz ihres berechtigten Vertrauens in den Erhalt einer Bewilligung geltend, "mit der auch sie berechtigt ist, die in der Bewilligung festgehaltene maximale Anzahl von Vollzeitplätzen zu belegen" (RB Ziff. 31). Hierzu hat die Vorinstanz erwogen, die maximale Anzahl verfügbarer Betreuungsplätze bestimme sich gemäss Art. 14 Abs. 1 lit. d und Art. 15 Abs. 1 lit. d PAVO aufgrund der räumlichen Gegebenheiten, während die Anzahl belegbarer Vollzeitplätze sich aus dem Betreuungsschlüssel ergebe (Art. 14 Abs. 1 lit. b und Art. 15 Abs. 1 lit. b PAVO). Es bestehe daher kein Widerspruch zwischen der Festlegung einer höheren maximalen Anzahl verfügbarer Betreuungsplätze und der tieferen verfügbaren Anzahl belegbarer Vollzeitplätze.

Die Rekurrentin sieht in dieser Argumentation eine Verdrehung der Tatsachen und der einschlägigen Bestimmungen. Art. 14 Abs. 1 lit. b sowie Art. 15 Abs. 1 lit. b PAVO bezögen sich jeweils auf die Betreuungszahl. Demgegenüber gehe es bei Art. 14 Abs. 1 lit. d sowie Art. 15 Abs. 1 lit. d PAVO um die räumlichen Voraussetzungen, die "rein gar nichts mit den bewilligten Plätzen zu tun" hätten. Darin kann der Rekurrentin offensichtlich nicht gefolgt werden. Sowohl die räumlichen Verhältnisse wie auch das vorhandene Betreuungspersonal limitieren offensichtlich die Anzahl der anbietbaren Betreuungsplätze. Erlauben die räumlichen Verhältnisse eine Belegung, welche mit dem vorhandenen Betreuungspersonal nicht adäquat betreut werden kann, so ist es unmittelbar einleuchtend, dass die maximale Anzahl von Vollzeitplätzen unter der maximalen Anzahl verfügbarer Betreuungsplätze bleiben muss. So liegen die Verhältnisse vorliegend. Ein widersprüchliches Verhalten der Behörde, eine falsche Auslegung der genannten Bestimmungen oder eine Verletzung des Vertrauensprinzips, wie sie die Rekurrentin in diesem Zusammenhang rügt, liegt daher nicht vor.

4.8 Da den Akten schliesslich entnommen werden kann, dass Eltern in der Vergangenheit mit einer Klage bezüglich der Betreuungsverhältnisse und ungenügend vorhandenem Personal in ihren Kindertagesstätten an die Fachstelle getreten sind (vgl. Schreiben Fachstelle vom 14. Juni 2018, act. 8/15 Rekursbeilage 20; Mail Fachstelle vom 20. April 2018, act. 8/15 vorinstanzliche Aktennr. 6 [vgl. auch RB Ziff. 61]; Aufsichtsbericht 26. Juni 2014 C\_\_\_\_, act. 8/15 vorinstanzliche Aktennr. 37) und aufgrund des auch im vorliegenden Verfahren zum Ausdruck gebrachten fehlenden Verständnisses für die Einhaltung der Belegungsbegrenzung nach Massgabe des verfügbaren Personals, erscheint die Aufnahme der maximal belegbaren Vollzeitplätze als Auflage in die angefochtenen Verfügungen auch erforderlich und verhältnismässig. Vor diesem Hintergrund erscheint die Rüge der Rekurrentin, die Auflage beruhe auf der Klage der Fachstelle Tagesbetreuung über eine sich schwierig gestaltende Zusammenarbeit mit der Rekurrentin und sei daher in dysfunktionaler und rechtsmissbräuchlicher Weise erlassen worden, um den Kontakt zur Rekurrentin auf ein Minimum zu reduzieren und die der Fachstelle obliegende Aufsichtsverpflichtung an die Rekurrentin zu delegieren, unbegründet. Die Auflage ist im Gegenteil geeignet, eine für alle Beteiligten verlässliche Grundlage für die Beurteilung der zulässigen Belegungszahlen aufgrund des vorhandenen Personals zu schaffen. Die Rekurrentin wird dadurch im Übrigen auch nicht in der weiteren Entwicklung ihrer Kindertagesstätten im Interesse der

Ausschöpfung der maximal zur Verfügung stehenden Betreuungsplätze eingeschränkt, steht ihr eine solche mit der Anstellung des hierfür erforderlichen Personals zur Sicherstellung der notwendigen Betreuung der aufgenommenen Kinder ohne Weiteres offen, was in den angefochtenen Verfügungen denn auch explizit vorbehalten wird.

4.9 Insgesamt sind die Auflagen, mit dem aktuell beschäftigten Personal in der Kita B\_\_\_\_\_ nicht mehr als 30, in der Kita C\_\_\_\_\_ nicht mehr als 25 sowie in der Kita D\_\_\_\_\_ nicht mehr als 14 Vollzeitplätze zu belegen und, sobald mehr Plätze belegt würden, zusätzliches Personal einzustellen, nicht zu beanstanden.

5. Gegenstand der Beschwerde ist weiter die Auflage, alle vier Monate aktuelle Personal- und Betreuungslisten der bewilligten Standorte B\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_ und D\_\_\_\_\_ einzureichen.

5.1 Diese Auflage ist mit Bezug auf die Standort D\_\_\_\_\_ mit der neuen, auf den 1. Oktober 2019 datierten Verfügung der Fachstelle Tagesbetreuung aufgehoben worden (vgl. die Eingabe der Vorinstanz vom 25. September 2019, act. 11). Damit ist das diesbezügliche Rechtsschutzinteresse der Rekurrentin während des Verfahrens weggefallen. Das Verfahren ist deshalb insoweit als gegenstandslos abzuschreiben (VGE VD.2016.170 vom 21. August 2017 E. 1.3.1, VD.2010.12 vom 27. Oktober 2010 E. 2.6; vgl. BGE 142 I 135 E. 1.3.1 S. 143; BGer 2C\_1226/2013 vom 11. Mai 2015 E. 1). Gegenstand der Beschwerde ist daher bloss noch die entsprechende Auflage in den Verfügungen für die Standorte B\_\_\_\_\_ und C\_\_\_\_\_.

5.2 Die strittige aufsichtsrechtliche Auflage stützt sich auf Art. 19 PAVO, wonach die Fachstelle verpflichtet ist, über die Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen, Auflagen und Bedingungen zu wachen. Die Vorinstanz hat die Massnahme damit begründet, dass die Rekurrentin gemäss dem in den Monaten April bis Juli 2018 mit der Fachstelle geführten E-Mailverkehr im Rahmen ihrer Beaufsichtigung während vier Monaten die Einhaltung des Betreuungsschlüssels für die Standorte [...], B\_\_\_\_\_ und C\_\_\_\_\_ nicht nachvollziehbar habe nachweisen können. Aufgrund einer Beschwerde von Eltern und den von der Rekurrentin erteilten Auskünften zur Anzahl betreuter Kinder und zum beschäftigten Personal hätten Hinweise dafür bestanden, dass die Kindertagesstätten der Rekurrentin, insbesondere die Kitas B\_\_\_\_\_ und C\_\_\_\_\_, massiv überbelegt gewesen seien.

5.3 Mit ihrem Rekurs bestreitet die Rekurrentin einen Beweis für eine Verletzung der Vorgaben zum Betreuungsschlüssel und bezeichnet die Vorwürfe als "vollkommen falsch und unzulässig, da geschäftsschädigend" (RB Ziff. 56). Damit zielt sie an der Sache vorbei. Die Anordnung aufsichtsrechtlicher Massnahmen setzt nicht per se den Nachweis der Verletzung von Pflichten voraus. Zu unterscheiden ist zwischen Aufsichtsmitteln präventiver und repressiver Art (vgl. etwa BGE 126 III 499 E. 3a S. 501; Jaag, Verwaltungsrechtliche Sanktionen: Einführung, in: Häner/Waldmann [Hrsg.], Verwaltungsstrafrecht, S. 1 ff., 2 f.). Präventive Massnahmen sind Vorkehren, die den Betroffenen unabhängig von eingetretenen Pflichtverletzungen auferlegt werden können (Jaag, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott, Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2015, Rz. 23.4). Dies gilt insbesondere in Bezug auf Kinderbelange. Als ultima ratio kann die Behörde nach Art. 20 Abs. 3 PAVO der Kindertagesstätte die Bewilligung entziehen. Dies kann jedoch nur erfolgen, wenn andere, weniger einschneidende Massnahmen keinen Erfolg versprechen. Damit sind die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Subsidiarität zu beachten. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze genügt es für die Anordnung aufsichtsrechtlicher Massnahmen somit, dass

Hinweise bestehen, die eine Kontrolle der Einhaltung gesetzlicher oder behördlich angeordneter Pflichten und Auflagen als angebracht erscheinen lassen. Ein solcher Anlass bestand aufgrund der genannten Hinweise wie auch der offensichtlich bestehenden Differenzen über die Berechnung des zutreffenden Betreuungsschlüssels im vorliegenden Fall (vgl. auch oben E. 4.8). Die Massnahme liegt daher im öffentlichen Interesse des Schutzes der drittbetreuten Kinder und war hier geeignet und erforderlich. Zudem kann von einer Geschäftsschädigung zum vornherein deshalb nicht gesprochen werden, da die Massnahme nur im Verhältnis zwischen der Aufsichtsbehörde und der Rekurrentin wirkt. Die Fachstelle ist dabei bei ihrer Aufsicht an das Amtsgeheimnis gebunden. Die Rekurrentin macht denn auch nicht geltend, dass die behördliche Auflage Dritten zur Kenntnis gelangt ist. Mit der gerügten Auflage wird die Rekurrentin in ihrem Betrieb nur marginal eingeschränkt. Personal- und Betreuungslisten wird sie bereits aufgrund ihrer eigenen internen Qualitätskontrolle zu führen haben. Diese viermonatlich einzureichen begründet eine minimale Einschränkung ihrer wirtschaftlichen Betätigung. Soweit die Listen die Einhaltung der bewilligten Betreuungsverhältnisse belegen, muss sie auch keine Weiterungen befürchten. Die verfügten Auflagen erweisen sich somit als verhältnismässig. Schliesslich wird die Fachbehörde bei der Erneuerung der befristeten Bewilligungen für die Standorte B\_\_\_\_ und C\_\_\_\_ zu prüfen haben, ob auf die aufsichtsrechtliche Auflage wie beim Standort D\_\_\_\_ verzichtet werden kann.

5.4Zusammengefasst bewirkt die angefochtene Auflage in den Verfügungen für die Standorte C\_\_\_\_ und B\_\_\_\_ daher keine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit, des Gleichbehandlungsgebotes (Art. 8 BV), des Rechtsmissbrauchsverbotes oder des Willkürverbotes (Art. 9 BV).

6.Schliesslich rügt die Rekurrentin weiterhin die in den angefochtenen Verfügungen enthaltene Bestimmung, wonach bei einer Änderung des Konzepts oder bei einem Wechsel der verantwortlichen Leitung die erteilte Bewilligung ungültig werde.

6.1

6.1.1Die Vorinstanz hat diese Rüge als "von vornherein unbegründet" bezeichnet, soweit sie sich auf den Wechsel der verantwortlichen Leitungsperson beziehe. Die Ungültigkeit der erteilten Bewilligung sei die logische Folge davon, dass die Bewilligung für den Betrieb einer Kita gemäss Art. 16 Abs. 1 PAVO an die verantwortliche Leitungsperson geknüpft sei. Entsprechend müsse die Trägerschaft einer Kindertagesstätte nach Art. 16 Abs. 3 PAVO bei einem Wechsel der Leitungsperson eine neue Bewilligung einholen.

6.1.2Darin kann der Vorinstanz ohne Weiteres gefolgt werden. Die Bestimmung entspricht Art. 16 Abs. 1 PAVO, wonach die Bewilligung "dem verantwortlichen Leiter des Heim erteilt und gegebenenfalls dem Träger angezeigt wird". Gemäss Art. 16 Abs. 3 PAVO ist bei einem Wechsel der verantwortlichen Leitungsperson eine neue Bewilligung einzuholen. Die Bewilligung ist daher nach dem Willen des Verordnungsgebers notwendigerweise mit der Person der Leiterin oder des Leiters eines Kindertagesheims verbunden.

Soweit die Rekurrentin dem entgegenhält, dass sie ihre Kindertagesstätte bis zum Erhalt einer neuen Bewilligung nach Art. 16 Abs. 3 PAVO jeweils schliessen müsse, wenn die Leitungsperson wechselt oder ausfällt, blendet sie aus, dass einem Wechsel der Leitungsperson normalerweise Kündigungsfristen vorausgehen. Soweit eine Leiterin oder ein Leiter dagegen infolge Todes, andauernder krankheits- oder unfallbedingter Verhinderung oder fristloser Entlassung sofort ausfällt, ist es Sache der Rekurrentin, mit der

Fachstelle eine Übergangsregelung zu finden. Da die Fachbehörde auch in einem solchen Fall das mit den angefochtenen Verfügungen und den darin aufgenommenen Auflagen verfolgte Kindwohl und die Betreuungskontinuität zu wahren hat, fehlt dem Zerrbild einer sofortigen Schliessung und des Ruins eines Standortes zum vornherein die Grundlage. Es ist nicht erkennbar, inwieweit die entsprechende Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben eine Verletzung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit, des Legalitätsprinzips, der Verhältnismässigkeit und des öffentlichen Interesses gemäss Art. 5 Abs. 2 BV, des Rechtsmissbrauchsverbotes oder des Willkürverbotes bewirken könnte.

6.1.3 Weiterer Ausführungen der Vorinstanz bedurfte es diesbezüglich nicht, weshalb auch der Rüge der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 BV durch die Vorinstanz die Grundlage fehlt.

6.2 Mit ihrem Rekurs hält die Rekurrentin auch an der Rüge bezüglich der Bestimmung, wonach die Bewilligung im Falle einer Konzeptänderung ungültig werde, fest.

6.2.1 Die Vorinstanz hat diesen Hinweis als Auflage an die Rekurrentin verstanden, in Betracht gezogene Änderungen ihres Betriebskonzepts der Fachstelle mitzuteilen, soweit diese für den Betrieb der Kindertagesstätte und damit deren Bewilligung wesentlich sind. Sie verweist auf Ziff. 4.4 der Kita-Richtlinien, wonach die Leitung einer Kindertagesstätte oder allenfalls deren Trägerschaft der Fachstelle beabsichtige wesentliche personelle Änderungen, Änderungen der Organisation, der Einrichtungen oder der Tätigkeit, insbesondere die Erweiterung, Verkleinerung, Verlegung oder Einstellung des Betriebs, rechtzeitig und vorgängig mitzuteilen habe. Bei einer ■ entsprechend wesentlichen ■ Änderung der Verhältnisse werde eine neue Bewilligung ausgestellt. Die so zu verstehende Auflage, wesentliche Änderungen des Betriebskonzepts vorgängig der Fachstelle zu melden, erscheine rechtlich vertretbar und verhältnismässig.

6.2.2 Die Rekurrentin rügt mit ihrer Beschwerde, dass die Vorinstanz in der Bestimmung zu Unrecht bloss eine Auflage anstatt eine Bedingung der Bewilligung sehen wolle. Gemäss dem Wortlaut der angefochtenen Verfügungen würden die Bewilligungen auch bei Konzeptänderungen unmittelbar und ohne Überbrückungszeit ungültig. Damit habe sich die Vorinstanz in Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör nicht auseinandergesetzt.

Zutreffend an der Auffassung der Rekurrentin ist, dass die Bestimmung, wonach die Bewilligung "bei einer Änderung des Konzepts ( ) ungültig" werde, eine Resolutivbedingung enthält. Auslegungsbedürftig erscheint aber der Begriff der Konzeptänderung. Die Verfügungsklausel ist diesbezüglich verfassungskonform auszulegen. Entgegen der von der Rekurrentin implizit zum Ausdruck gebrachten Auffassung kann nicht jede inhaltliche Änderung des Betriebs als Konzeptänderung verstanden werden. Eine die Ungültigkeit der Bewilligung begründende Konzeptänderung liegt mit den Erwägungen der Vorinstanz nur dann vor, wenn der Betrieb gegenüber dem bewilligten Gesuch der Betreiberin in wesentlicher Weise geändert werden soll. Nur das dem Bewilligungsgesuch von der Betreiberin selber zu Grunde gelegte Betriebskonzept kann denn auch als bewilligt gelten. Wird dieses Konzept wesentlich geändert, so liegt kein bewilligter Betrieb mehr vor. In diesem Fall könnte die Dauerverfügung aufgrund geänderter Verhältnisse auch widerrufen werden (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1230). Soweit in solchen Fällen ein sofortiger Entzug einer Dauerbewilligung ausgeschlossen und verlangt wird, dass der Bewilligungsinhaberin zunächst Gelegenheit zur Anpassung an die veränderten Verhältnisse zu geben ist (vgl. BGE 139 II 185 E. 10.2.3

S. 202 f.), kann sich dies nicht auf Fälle beziehen, wo die Bewilligungsinhaberin selber die wesentlichen Grundlagen der Bewilligung aufgrund einer selber veranlassten Konzeptänderung nicht mehr einzuhalten bereit oder in der Lage ist. Davon zu unterscheiden ist die Regelung des Widerrufs in Art. 20 PAVO. Diese bezieht sich nicht auf eine Konzeptänderung, sondern vielmehr auf eine mangelhafte Umsetzung des bewilligten Konzepts.

Im Übrigen erscheint auch fraglich, ob eine Bewilligungsinhaberin am Fortbestand einer Bewilligung überhaupt ein Interesse haben kann, wenn sie den damit bewilligten Betrieb mit diesem grundlegenden Konzept gar nicht mehr fortzuführen gedenkt. Dieser Interpretation steht entgegen der Auffassung der Rekurrentin auch die Meldepflichtregelung gemäss § 7 Abs. 2 TBV nicht entgegen, muss die Fachstelle doch auch Kenntnis von Umständen haben, die zu einer Ungültigkeit der Bewilligung führen.

Zuzustimmen ist der Rekurrentin, dass bei minder erheblichen Veränderungen des betrieblichen Betreuungskonzepts in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips keine direkte Ungültigkeit der Bewilligung eintreten kann, sondern auf der Grundlage der entsprechenden Mitteilung gemäss § 7 Abs. 2 TBV vielmehr eine Anpassung der Bewilligung durch die Fachstelle zu erfolgen hat. Die so zu verstehende Auflage, wesentliche Änderungen des Betriebskonzepts vorgängig der Fachstelle Tagesbetreuung zu melden, stellt aber weder einen ungerechtfertigten Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit noch in andere verfassungsmässige Rechte der Rekurrentin dar. Die vorinstanzlichen Erwägungen sind damit im Ergebnis nicht zu beanstanden.

#### **E. 7**

Schliesslich rügt die Rekurrentin die Art und Weise, wie ihr die Verfügungen und Wiedererwägungsentscheide eröffnet worden seien. In der Sache macht sie eine Verletzung der Begründungspflicht sowie ihres Akteneinsichtsrechts im ursprünglichen Verfügungsverfahren als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend. Soweit die Rekurrentin eine Verletzung ihres Akteneinsichtsrechts im Verfügungsverfahren rügt, macht sie im vorliegenden Verfahren nicht substantiiert geltend, welchen konkreten Akteneinsichtsgesuchen die Fachstelle nicht entsprochen haben soll. Wie es sich damit sowie mit der gerügten Verletzung der Begründungspflicht verhält, kann vorliegend indes offenbleiben. Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des Gehöranspruchs kann ausnahmsweise geheilt werden, wenn das rechtliche Gehör vor einer Rechtsmittelinstanz nachgeholt wird, die sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht über dieselbe Überprüfungsbefugnis verfügt wie die Vorinstanz (BGE 137 I 195 E. 2.3.2 S. 197, 133 I 201 E. 2.2 S. 204 f.; vgl. Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht, 3. Auflage, Basel 2014, Rz. 314). Selbst bei schwerwiegenden Verletzungen ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Heilung möglich, wenn die Rückweisung an die Vorinstanz zu unnötigen Verzögerungen des Verfahrens führen würde, die mit dem (der formalistischen Leerlauf und Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 136 V 117 E. 4.2.2.2 S. 126 f., 132 V 387 E. 5.1 S. 390, 133 I 201 E. 2.2 S. 204 f.; siehe zum Ganzen auch VGE VD.2018.209 vom 29. September 2019 m.H. auf VD.2017.216 und 217 vom 30. August 2018 E. 3.1). Vorliegend erfüllt die Vorinstanz diese Voraussetzungen. Eine allfällige Gehörsverletzung hat damit als geheilt zu gelten.

#### **E. 8**

Zusammenfassend erweisen sich die Rügen der Rekurrentin als unbegründet, weshalb der Rekurs abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist und das Verfahren nicht gegenstandslos geworden ist.

Gegenstandslos geworden ist nur ein minimaler Teil des Streitgegenstands, weshalb die Rekurrentin als unterliegende Partei zu gelten hat. Entsprechend diesem Ausgang des Verfahrens trägt die Rekurrentin dessen Kosten mit einer Gebühr von CHF 3'000.■ (§ 30 Abs. 1 VRPG, § 23 Abs. 2 des Reglements über die Gerichtsgebühren [SG 154.810]). Parteienschädigungen werden keine zugesprochen (§ 30 Abs. 1 VRPG in fine).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.