

# **BVGer B-28/2022 vom 2. März 2023**

Bundesverwaltungsgericht, 2023-03-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-28\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-28_2022)

FR: TAF B-28/2022 du 2 mars 2023

IT: TAF B-28/2022 del 2 marzo 2023

## **Regeste**

Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Verfahren für die Gewährung von Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung richtet sich mangels anderslautender Bestimmungen im Bundesgesetz über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung vom 4. Oktober 2002 (KBFHG, SR 861) nach dem Subventionsgesetz (SuG, SR 616.1). Gemäss Art. 35 Abs. 1 SuG bestimmt sich der Rechtsschutz nach den allgemeinen Bestimmungen der Bundesrechtspflege. Ausnahmen sind keine vorgesehen (Urteile des BVGer B-5102/2021 vom 13. September 2022 E. 2.1; B-4828/2021 vom 13. September 2022 E. 2; B-5902/2020 vom 28. April 2022 E. 1.1).

### **E. 1.2**

Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen der Vorinstanz im Bereich Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung (Art. 31 ff. des Verwaltungsgerichtsgesetzes [VGG, SR 173.32] i.V.m. Art. 5 und Art. 44 des Verwaltungsverfahrensgesetzes [VwVG, SR 172.021] sowie Art. 7 Abs. 1 KBFHG und Art. 14 der Verordnung über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung vom 25. April 2018 [KBFHV, SR 861.1]).

### **E. 1.3**

Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Anstalt der Bürgergemeinde Basel, die partei- und prozessfähig ist (§ 1 Abs. 2 Reglement der Bürgergemeinde Basel für die Institutionen und die Zentralen Dienste vom 24. Mai 2005, SG BaB 153.200). Dem Gemeinwesen und mithin einer öffentlich-rechtlichen Anstalt kommt das allgemeine Beschwerderecht i.S.v. Art. 48 Abs. 1 VwVG unter anderem dann zu, wenn es gleich oder ähnlich wie Private von angefochtenen Entscheid betroffen ist (Urteile des BVGer A-4634/2021 vom 24. Februar 2022 E. 1.3; A-3762/2010 vom 25. Januar 2012 E. 2.2; B-2949/2009 vom 29. September 2009 E. 1.2.2). Dies ist etwa dann gegeben, wenn das Gemeinwesen erfolglos um eine Subvention, die Verlängerung einer Konzession oder die Erteilung einer Bewilligung ersucht hat (André Moser et al., Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2022, Rz. 2.88 m.H.a. Urteil des BGer 2C\_1096/2016 vom 18. Mai 2018 E. 1.1). Bei den strittigen Finanzhilfen zur Schaffung von familienergänzenden Betreuungsplätzen für Kinder handelt es sich um Subventionen, die gleichsam Personen des Privat- wie auch des öffentlichen Rechts gewährt werden können, die Kindertagesstätten oder Einrichtungen für die schulergänzende Betreuung betreiben (Art. 3 Abs. 1 Bst. a KBFHG). Die Beschwerdeführerin befindet sich

somit vorliegend in der gleichen Rechtsposition wie eine private Person, deren Gesuch um Finanzhilfen für die Schaffung von familienergänzenden Betreuungsplätzen für Kinder von der Vorinstanz abgelehnt wurde. Sie hat zudem am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung i.S.v. Art. 48 Abs. 1 VwVG. Folglich ist sie zur Beschwerde berechtigt.

#### **E. 1.4**

Die Beschwerdefrist wurde unter Berücksichtigung des Fristenstillstands vom 18. Dezember bis zum 2. Januar eingehalten (Art. 50 Abs. 1 i.V.m. Art. 22a Abs. 1 Bst. c VwVG), die Anforderungen an Inhalt und Form der Beschwerde sind erfüllt (Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

#### **E. 1.5**

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

#### **E. 2.1**

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft vorinstanzliche Entscheide grundsätzlich mit voller Kognition (Art. 49 VwVG). Bei Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung handelt es sich allerdings um Ermessenssubventionen (Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Bundesgesetzes über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung vom 29. Juni 2016, BBl 2016 6377, 6405; Urteile des BVGer B-5102/2021 vom 13. September 2021 E. 2.2; B-4279/2020 vom 19. Januar 2022 E. 2.3; B-171/2020 vom 5. August 2020 E. 4.3), die «im Rahmen der bewilligten Kredite» (Art. 1 Abs. 2 KBFHG) gewährt werden können (Art. 3 Abs. 1 - 3 KBFHG). Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt sich bei der Überprüfung von Entscheiden der Vorinstanz i.S.v. Art. 7 KBFHG entsprechend insoweit Zurückhaltung, als das KBFHG und die KBFHV der Vorinstanz als sachverständiger Behörde einen Beurteilungsspielraum für ihre Entscheidung im Einzelfall einräumen (Urteile des BVGer B-5102/2021 vom 13. September 2021 E. 2.2 f.; B-4828/2021 vom 13. September 2022 E. 2; B-3383/2021 vom 4. Mai 2022 E. 2.3; zur Unterscheidung von Kognition und Prüfungsdichte Benjamin Schindler, Verwaltungsermessen, Habil. Zürich, 2010, Rz. 230 ff.).

#### **E. 2.2**

Geht es hingegen um die Auslegung und Anwendung von Rechtsvorschriften oder werden Verfahrensmängel in der Vergabepaxis gerügt, handelt es sich nicht um einen Ermessensentscheid der Behörde. In solchen Fällen prüft das Bundesverwaltungsgericht die erhobenen Einwendungen ohne Zurückhaltung (Urteile des BVGer B-5102/2021 vom 13. September 2022 E. 2.3; B-3383/2021 vom 4. Mai 2022 E. 2.4; B-4320/2021 vom 18. Februar 2022 E. 2.4). Die Vorinstanz muss ihr Ermessen pflichtgemäss, d.h. verfassungs- und gesetzeskonform, ausüben und besonderes Augenmerk auf Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung legen (Urteile des BVGer B-4320/2021 vom 18. Februar 2022 E. 4.3; B-171/2020 vom 5. August 2020 E. 4.3).

#### **E. 3.1**

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe der Fachstelle Tagesbetreuung des Kantons Basel ihr Beitragsgesuch nicht zur Stellungnahme übermittelt und eine durch die Fachstelle Tagesbetreuung des Erziehungsdepartements mit einem Schreiben vom 14. September 2021 übermittelte allgemeine Stellungnahme des Kantons

zur Praxis der Vorinstanz (vi-act. A 28, nachfolgend: Stellungnahme des Kantons vom 14. September 2021) in ihrem Entscheid nicht gewürdigt (S. 2 f. der Beschwerde).

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz hat Beitragsgesuche der zuständigen Behörde jenes Kantons zur Stellungnahme zu übermitteln, in dem die Betreuung angeboten oder die Massnahme durchgeführt werden soll (Art. 13 Abs. 1 KBFHV). Die kantonale Behörde hat zu den Gesuchen Stellung zu nehmen, insbesondere im Hinblick auf die grundsätzliche Beurteilung des Vorhabens (Bst. a), den Bedarf an einem solchen Vorhaben (Bst. b), die Erfüllung der Qualitätsanforderungen (Bst. c), die voraussichtliche Erteilung einer allenfalls notwendigen Bewilligung im Sinne der Pflegekinderverordnung (PAVO, SR 211.222.338; Bst. d) und das Finanzierungskonzept (Bst. e).

### **E. 3.3**

In der Vernehmlassung sowie in der Duplik erläutert die Vorinstanz nicht, weshalb sie auf die Einholung einer Stellungnahme der Fachstelle Tagesbetreuung verzichtet hat. Eine Begründung für den Verzicht lässt sich indes den Akten der Vorinstanz entnehmen. Mit E-Mail vom 8. März 2021 teilte ein Sachbearbeiter der Vorinstanz dem Direktor der Beschwerdeführerin mit, eine Stellungnahme des Kantons werde nur eingeholt, «falls im Quartier des neu geschaffenen Angebots die Versorgungsquote [...] noch nicht erreicht/überschritten worden ist» (vi-act. A 26).

### **E. 3.4**

Art. 13 Abs. 1 KBFHV lässt sich nicht entnehmen, dass die Vorinstanz darauf verzichten dürfte, eine Stellungnahme des Kantons einzuholen, wenn sie einen negativen Entscheid aufgrund ihrer Einschätzung der Versorgungsquote antizipiert. Die zuständige Behörde des Kantons hat sich insbesondere zum Bedarf an dem zu beurteilenden Vorhaben zu äussern (Art. 13 Abs. 1 Bst. b KBFHV). Da die Vorinstanz zur Beurteilung des Bedarfs massgeblich auf die Versorgungsquote im jeweiligen Gebiet abstellt (vgl. S. 2 der Verfügung), muss sich die zuständige Behörde des Kantons folglich zur Berechnungsmethode und zu den Berechnungsgrundlagen der Versorgungsquote äussern können. Die Vorinstanz kann und darf die Stellungnahme des Kantons somit nicht ohne Weiteres vorwegnehmen. Die Vorinstanz hat deshalb Art. 13 Abs. 1 KBFHV verletzt, indem sie auf das Einholen einer Stellungnahme der Fachstelle Tagesbetreuung verzichtete.

### **E. 3.5**

Ob die Verletzung von Art. 13 Abs. 1 KBFHV einen wesentlichen Verfahrensmangel darstellt, der - wie von der Beschwerdeführerin gefordert (S. 3 der Beschwerde) - die Aufhebung des angefochtenen Entscheids zur Folge haben müsste, kann jedoch offenbleiben, da der Entscheid der Vorinstanz jedenfalls aus anderen Gründen aufzuheben ist (E. 4 ff.). Im Übrigen wurde der Verfahrensmangel im hier zu beurteilenden Fall durch die Stellungnahme des Kantons vom 14. September 2021 und den nachfolgenden Austausch zwischen den beiden Behörden geheilt (S. 3 der Vernehmlassung).

### **E. 4**

In materieller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen, die Vorinstanz habe fälschlicherweise den Bedarf an einer neuen Kindertagesstätte am fraglichen Standort verneint und damit ihr Gesuch um Gewährung einer Finanzhilfe für die Schaffung von familienergänzenden Betreuungsplätzen für Kinder im Rahmen der Eröffnung einer neuen

Kindertagesstätte i.S.v. Art. 2 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Abs. 2 KBFHG zu Unrecht abgelehnt.

#### **E. 4.1**

Der Bund gewährt Finanzhilfen zur Schaffung familienergänzender Betreuungsplätze für Kinder, damit die Eltern Familie und Arbeit oder Ausbildung besser miteinander vereinbaren können (Art. 1 Abs. 1 KBFHG). Die Finanzhilfen können unter anderem an Kindertagesstätten ausgerichtet werden (Art. 2 Abs. 1 Bst. a KBFHG), d.h. an Institutionen, die Kinder im Vorschulalter betreuen (Art. 4 Abs. 1 KBFHV). Die Finanzhilfen werden in erster Linie für neue Institutionen gewährt (Art. 2 Abs. 2 KBFHG). Diese müssen über mindestens 10 Plätze verfügen und mindestens 25 Stunden pro Woche und 45 Wochen pro Jahr geöffnet sein (Art. 4 Abs. 2 KBFHV), über eine gesicherte Finanzierung verfügen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b KBFHG und Art. 5 KBFHV) und den kantonalen Qualitätsanforderungen genügen (Art. 3 Abs. 1 Bst. c KBFHG).

#### **E. 4.2**

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist ein Bedarf an neuen Betreuungsplätzen unabdingbare Voraussetzung für die Gewährung einer Finanzhilfe für die Schaffung von familienergänzenden Betreuungsplätzen für Kinder. Dies ergibt sich aus der Zweckbestimmung von Art. 1 KBFHG und dem Grundsatz, dass Finanzhilfen möglichst effektiv sein sollen (Urteile des BVGer B-5102/2021 vom 13. September 2022 E. 4.1; B-3383/2021 vom 4. Mai 2022; B-171/2020 vom 5. August 2020 E. 5.3).

#### **E. 4.3**

Damit die Vorinstanz prüfen kann, ob im Einzelfall ein Bedarf vorhanden ist, muss ein Beitragsgesuch «einen konkreten Bedarfsnachweis mit einer Anmelde-Liste enthalten» (Art. 12 Abs. 1 Bst. b KBFHV). Die einschlägigen Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen äussern sich nicht weiter dazu, wie der Bedarfsnachweis zu erbringen ist. Die Rechtsprechung hat dazu aber, ausgehend von den Ausführungen zu Art. 12 Abs. 1 Bst. b KBFHV in der Erläuterung zur Änderung vom 7. Dezember 2018 der Verordnung über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung (<https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/finanzhilfen/kinderbetreuung/rec-htliche-grundlagen.html>), abgerufen am 19. Januar 2023, nachfolgend: Erläuterung Änderung KBFHV), gewisse Grundsätze aufgestellt.

#### **E. 4.4**

Gemäss der Erläuterung und der Rechtsprechung hat die Anmelde-Liste auf unterschriebenen Verträgen zu basieren. Nicht ausreichend ist hingegen eine unverbindliche Anmelde-Liste (Erläuterung Änderung KBFHV, S. 3; Urteile des BVGer B-4828/2021 vom 13. September 2022 E. 4.3.1; B-6727/2019 vom 5. August 2020 E. 5.4.8; B-171/2020 vom 5. August 2020 E. 5.3.8). Ebenso wenig genügen Verweise auf Umstände wie Bevölkerungsentwicklung oder Bautätigkeit (Erläuterung Änderung KBFHV, S. 3; Urteil des BVGer B-171/2020 vom 5. August 2020 E. 4.4). Liegen im Zeitpunkt des Entscheids über das Gesuch um Finanzhilfen bereits Zahlen über die effektive Belegung der Betreuungsplätze vor, ist auf diese abzustellen (Urteil des BVGer B-2629/2018 vom 26. März 2019 E. 8.2.3). Gelingt es einer Gesuchstellerin oder einem Gesuchsteller offensichtlich nicht, für die das Gesuch betreffende Kindertagesstätte einen Bedarf nachzuweisen, kann das Gesuch abgewiesen werden.

#### **E. 4.5**

Besteht hingegen ein Bedarf und betreibt die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller im gleichen Ort auch noch weitere Kindertagesstätten, muss beim Bedarfsnachweis auch deren Belegung mitberücksichtigt werden. Es kann nämlich vorkommen, dass mit der Eröffnung eines neuen zusätzlichen Standorts die Belegung an den bestehenden Standorten sinkt. Entsprechend muss daher sichergestellt werden, dass tatsächlich Bedarf für zusätzliche Plätze vorhanden ist und es sich nicht lediglich um eine Umverteilung der betreuten Kinder auf den neuen Standort handelt. Eine solche kann nicht mit Finanzhilfen unterstützt werden (Erläuterung Änderung KBFHV, S. 3; Urteil des BVGer B-4279/2020 vom 19. Januar 2022 E. 5.4.1).

#### **E. 4.6**

Unter dem gleichen Ort ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts dasjenige Gebiet zu verstehen, in welchem die Elternschaft bereit ist, für einen freien Betreuungsplatz den jeweiligen Anfahrtsweg in Kauf zu nehmen. Das massgebliche Gebiet ist somit nicht unbedingt identisch mit der jeweiligen Gemeinde- oder Quartiergrenze (Urteile des BVGer B-5102/2021 vom 13. September 2022 E. 6.1; B-4828/2021 vom 13. September 2022 E. 5.1; B-6727/2019 vom 5. August 2020 E. 5.5.2). Mögliche Abgrenzungsmöglichkeiten für den gleichen Ort können zeitliche oder örtliche Kriterien bilden. Auch eine verbindliche Anmelde-Liste kann Hinweise liefern, wie weit einige Eltern für einen Betreuungsplatz anzureisen bereit sind. Eine eigene Praxis der Vorinstanz zur Abgrenzung von dem gleichen Ort steht noch aus (Urteil B-4828/2021 vom 13. September 2022 E. 7.2).

#### **E. 4.7**

Das Bundesverwaltungsgericht hat weiter präzisiert, dass sämtliche Angebote im gleichen Ort, d.h. auch diejenigen von Drittanbietern, in geeigneter Weise in die Bedarfsprüfung mit einzubeziehen sind. Es ist ohne Weiteres vorstellbar, dass eine Trägerin in einem Quartier mit Überkapazitäten etwa aufgrund eines besonders attraktiven Standorts oder einer besonders attraktiven Räumlichkeit eine verbindliche Anmelde-Liste beibringen kann, entsprechende Finanzhilfen aber zu unerwünschten und nicht nachhaltigen Substitutionseffekten führen würden (vgl. dazu Urteile des BVGer B-4828/2021 vom 13. September 2022 E. 5.2; B-171/2020 vom 5. August 2020 E. 5.4.4; B-6727/2019 vom 5. August 2020 E. 5.5.4). Mit anderen Worten soll der Bedarf nicht nur aus der Perspektive der einzelnen, gesuchstellenden Trägerschaft geprüft werden, sondern auch aus der Perspektive der Marktgegenseite und der ihr zur Verfügung stehenden Angebote (Urteile des BVGer B-4828/2021 vom 13. September 2022 E. 5.2; B-4320/2021 vom 18. Februar 2022 E. 4.6; B-6727/2019 vom 5. August 2020 E. 5.5.4). Eine mögliche Form der Berücksichtigung sämtlicher Angebote im gleichen Ort kann ein Verweis auf eine Versorgungsquote sein, welche sämtliche Kinder und Betreuungsplätze im gleichen Ort berücksichtigt (vgl. E. 7.1).

#### **E. 4.8**

In jedem Fall bleibt aber die Prüfung eines Beitragsgesuches eine Einzelfallbetrachtung, die die besonderen Umstände des jeweiligen Beitragsgesuchs bei der Beurteilung mitberücksichtigt (Urteil des BVGer B-4320/2021 vom 18. Februar 2022 E. 5.3.1). Die Vorinstanz verfügt dabei über einen grossen Ermessensspielraum, den sie verfassungs- und gesetzeskonform wahrzunehmen hat (Urteile des BVGer B-5902/2020 vom 28. April 2022 E. 4.2; B-2629/2018 vom 26. März 2019 E. 8.2.2; vgl. auch E. 2.2).

#### **E. 4.9**

Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Vorinstanz den geltend gemachten Bedarf an neuen Betreuungsplätzen im Einzelnen nach den dargelegten Grundsätzen geprüft hat.

#### **E. 5**

Zunächst ist fraglich, ob ein Bedarf an den durch die Beschwerdeführerin neu geschaffenen Betreuungsplätzen durch verbindliche Anmelde Listen oder effektive Belegungszahlen belegt ist.

#### **E. 5.1**

Im Rahmen ihres Gesuchs konnte die Beschwerdeführerin den Bedarf an neuen Betreuungsplätzen nicht mit verbindlichen Anmelde Listen belegen. Sie brachte einzig eine Liste mit vier «Anfragen» bei (vi-act. A 13). Im Beschwerdeverfahren macht sie hingegen geltend, der Bedarf sei durch die Auslastung der Kindertagesstätte von rund 75 Prozent im April 2022 ausgewiesen. Ende Oktober oder November 2022 sollten sämtliche Plätze vergeben sein (S. 3 der Replik). Als Beleg hat die Beschwerdeführerin «Gruppenlisten vom April 2022» eingereicht (Beilage 2 zur Replik).

#### **E. 5.2**

Die Vorinstanz hat die von der Beschwerdeführerin eingereichten Belege in ihrer Verfügung nicht gewürdigt und äussert sich im Beschwerdeverfahren nicht dazu, ob die geltend gemachte Auslastung der Kindertagesstätte ausreicht, um einen konkreten Bedarfsnachweis i.S.v. Art. 12 Abs. 1 Bst. b KBFHV zu erbringen. Sie bringt vielmehr vor, dass angesichts der Versorgungsquote im Standortquartier der Kindertagesstätte kein Bedarf an neuen Betreuungsplätzen bestehe und stellt sich mithin auf den Standpunkt, dass sich eine Beurteilung des konkreten Bedarfsnachweises angesichts der Versorgungsquote erübrige.

#### **E. 5.3**

Aus den von der Beschwerdeführerin eingereichten «Gruppenlisten vom April 2022» ergibt sich folgende Belegung der insgesamt 24 Plätze: Morgen Mittag Nachmittag Total Montag 22 23 22 Dienstag 22 22 22 Mittwoch 21 20 17 Donnerstag 17 17 14 Freitag

#### **E. 5.4**

Nicht zu berücksichtigen ist hingegen die Behauptung der Beschwerdeführerin, dass im Oktober/November 2022 sämtliche Plätze voll belegt sein werden. Eine solche Prognose entspricht nicht den Anforderungen an den konkreten Bedarfsnachweis i.S.v. Art. 12 Abs. 1 Bst. b KBFHV (vgl. E. 4.4).

#### **E. 5.5**

Angesichts einer Auslastung von 72,21 Prozent erscheint ein gewisser Bedarf an neuen Betreuungsplätzen indiziert. Aufgrund des Ermessensspielraums, welcher der Vorinstanz bei der Beurteilung des Bedarfs zukommt (vgl. E. 2.2), und der Zurückhaltung, mit welcher das Bundesverwaltungsgericht Entscheide der Vorinstanz überprüft, soweit das KBFHG und die KBFHV dieser einen Beurteilungsspielraum für ihre Entscheidung im Einzelfall einräumen (vgl. E. 2.1), ist es jedoch Sache der Vorinstanz, darüber zu entscheiden, ob der konkrete Bedarfsnachweis angesichts der nachgewiesenen Auslastung erbracht wurde. Entsprechend ist eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz angezeigt, soweit diese nicht mit ihrem Standpunkt durchzudringen vermag, dass sich eine Prüfung des konkreten

Bedarfsnachweises angesichts der Versorgungsquote im massgeblichen Gebiet erübrige. Dies ist im Folgenden zu prüfen. 6. Im Hinblick auf die Ermittlung der Versorgungsquote ist zunächst strittig, ob die Vorinstanz das massgebliche Gebiet richtig definiert hat. 6.1 Die Beschwerdeführerin rügt in dieser Hinsicht, die Vorinstanz habe die Quartiergrenzlage der Kindertagesstätte nicht berücksichtigt (S. 4 der Beschwerde). Die Vorinstanz entgegnet, die Quartiersgrenze sei ein klares Abgrenzungskriterium, das der schweizweiten Gleichbehandlung der Gesuche diene. Quartiergrenzlagen würden nur berücksichtigt, wenn die Versorgungsquote «hinreichend nahe bei 70 Prozent» liege (S. 1 der Duplik). 6.2 Entgegen der Vorinstanz kann bei der Festlegung des massgeblichen Gebiets nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht ohne Weiteres auf Gemeinde- oder Quartiergrenzen abgestellt werden. Vielmehr ist auf dasjenige Gebiet abzustellen, in welchem die Elternschaft bereit ist, für einen freien Betreuungsplatz den jeweiligen Anfahrtsweg in Kauf zu nehmen (vgl. E. 4.6), wobei bei zentral gelegenen Kindertagesstätten Eltern aus nahe gelegenen Gebieten eher zur Anfahrt bereit sein werden als bei weniger zentral gelegenen (Urteil des BVGer B-5102/2021 vom 13. September 2022 E. 6.1). Im Übrigen ist zunächst das massgebliche Gebiet festzulegen, bevor die Versorgungsquote für dieses ermittelt werden kann. 6.3 Die Kindertagesstätte der Beschwerdeführerin ist per Auto oder Fahrrad oder mit dem öffentlichen Verkehr in bis zu fünfzehn Minuten etwa aus den benachbarten Quartieren Vorstädte (Haltestelle Bankverein) und Wettstein (Haltestelle Wettsteinplatz) sowie vom Bahnhof Basel SBB oder von der Altstadt (Haltestelle Marktplatz) aus erreichbar (gemäss dem Routenplaner unter <https://maps.google.ch>, abgerufen am 19. Januar 2023). Sie verfügt somit über einen zentralen und unweit von anderen Quartieren gelegenen Standort. Indem die Vorinstanz unter diesen Umständen ohne Weiteres vom Standortquartier als massgeblichem Gebiet ausging, hat sie dieses nicht im Rahmen der anwendbaren Grundsätze festgelegt und insofern ihren Ermessenspielraum überschritten. 6.4 Angesichts der Zurückhaltung, mit welcher das Bundesverwaltungsgericht Entscheide der Vorinstanz überprüft, soweit ihr das KBFHG und die KBFHV einen Beurteilungsspielraum für ihre Entscheidung im Einzelfall einräumen (E. 2.1), erscheint es nicht gerechtfertigt, das massgebliche Gebiet an Stelle der Vorinstanz festzulegen. Somit ist die Sache dem Eventualantrag der Beschwerdeführerin entsprechend zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. 7. Nach Festlegung des massgeblichen Gebiets im Rahmen der anwendbaren Grundsätze wird die Vorinstanz den Bedarf an den neuen Betreuungsplätzen der Beschwerdeführerin unter Berücksichtigung sämtlicher Angebote im gleichen Ort zu beurteilen haben (vgl. E. 4.7). Vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Prozessökonomie rechtfertigt es sich deshalb, auch noch die diesbezüglichen Rügen der Beschwerdeführerin zu prüfen (ähnlich Urteil des BGer 1C\_244/2019 vom 5. August 2020 E. 4). 7.1 Zur Berücksichtigung sämtlicher Angebote im gleichen Ort stellt die Vorinstanz praxisgemäss auf die Versorgungsquote ab, die sie für das massgebliche Gebiet berechnet. Dazu teilt sie die Zahl der vorhandenen Betreuungsplätze durch die Zahl der Kinder im Vorschulalter (0 bis 4 Jahre) in der Wohnbevölkerung im massgeblichen Gebiet und multipliziert diesen Wert mit einem Faktor von 1,67 Kindern, die pro Platz betreut werden können. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass die meisten Kinder nur während eines Teils der Woche in der Kindertagesstätte betreut werden, und entspricht einem durchschnittlichen Betreuungsumfang von 60 Prozent bzw. 3 Tagen pro Woche. Ab einer Versorgungsquote von 70 Prozent geht die Vorinstanz davon aus, dass der Bedarf an Betreuungsplätzen im massgeblichen Gebiet gedeckt ist (S. 2 f. der Vernehmlassung). Bei der Berechnung der

Versorgungsquote lehnt sich die Vorinstanz an den Report Kinderbetreuung der Stadt Zürich an (herausgegeben vom Sozialdepartement der Stadt Zürich, neuste Ausgabe 2021, alle Ausgaben abrufbar unter [https://www.stadt-zuerich.ch/sd/de/index/ueber\\_department/publikationen/rep\\_kibe.html](https://www.stadt-zuerich.ch/sd/de/index/ueber_department/publikationen/rep_kibe.html) , abgerufen am 19. Januar 2023, nachfolgend: Report Kinderbetreuung). Darin wird ebenfalls die Zahl der Kinder im Vorschulalter in ein Verhältnis zu den Betreuungsplätzen gesetzt. Die Stadt Zürich berücksichtigt dabei allerdings neben den Kindern von 0 bis 4 Jahren zusätzlich 10 Prozent der Kinder zwischen 5 und 6 Jahren. Zudem stellt sie auf eine durchschnittliche Belegung von 1,75 Kindern pro Platz ab (Report Kinderbetreuung 2021, S. 30). Weiter entstammt die Annahme, dass der Bedarf an Betreuungsplätzen ab einer Versorgungsquote von 70 Prozent gedeckt sei, dem Report Kinderbetreuung (vgl. angefochtene Verfügung, S. 2). Die Annahme findet sich allerdings nicht in allen Versionen des Reports Kinderbetreuung (zuletzt in der Ausgabe 2020, S. 32); in der neusten (Ausgabe 2021) fehlt sie. Für das Quartier St. Alban in Basel hat die Vorinstanz ihrer Berechnung 679 im Quartier bestehende Betreuungsplätze (Stand 31. Oktober 2019) und 554 im Quartier wohnhafte Kinder im Alter von 0 bis 4 Jahren (Stand 31. Dezember 2019) zugrunde gelegt, wobei die entsprechenden Zahlen einer Aufstellung der Fachstelle Planungsgrundlagen des Erziehungsdepartements zu entnehmen sind (vi-act. A 29) und sich daraus eine Versorgungsquote von 204,68 Prozent ergibt (vgl. S. 2 der Verfügung).

7.2 Im Hinblick auf die Ermittlung der Versorgungsquote rügt die Beschwerdeführerin zunächst, Angebote für fremdsprachige Familien sowie für Mitarbeitende bestimmter Firmen seien bei der Ermittlung des Angebots im Quartier nicht zu berücksichtigen, da sie der Quartierbevölkerung nicht offenstünden (S. 3 der Beschwerde; S. 4 der Replik). Die Vorinstanz stellt sich hingegen auf den Standpunkt, es seien nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sämtliche Angebote im gleichen Ort einzubeziehen (S. 2 der Verfügung; S. 2 der Vernehmlassung). Wie die Vorinstanz richtigerweise vorbringt, hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass bei der Ermittlung des Bedarfs an Betreuungsplätzen sämtliche Angebote im massgeblichen Gebiet einzubeziehen sind und damit der Bedarf auch aus der Perspektive der Marktgegenseite und der ihr zur Verfügung stehenden Angebote geprüft werden soll (vgl. E. 4.7). Die Beschwerdeführerin rügt allerdings gerade, dass die Angebote für fremdsprachige Familien sowie für Mitarbeitende bestimmter Firmen der Quartierbevölkerung nicht offenstünden. Dies erscheint grundsätzlich plausibel, da die entsprechenden Kindertagesstätten aufgrund ihrer besonderen Ausrichtung über ein weit über die Quartier- und auch die Stadt- sowie die Kantonsgrenze hinausreichendes Einzugsgebiet verfügen und umgekehrt höchstens für einen geringfügigen Teil der Quartierbevölkerung in Frage kommen werden. Nach Angaben des Kantons leben denn auch 44 Prozent der Kinder, die in Firmenkindertagesstätten in Basel-Stadt betreut werden, ausserhalb des Kantons (Schreiben der Fachstelle Tagesbetreuung des Erziehungsdepartements des Kantons Basel-Stadt vom 1. Februar 2022 an die Vorinstanz, Beilage 1 zur Replik). Entgegen der Ansicht der Vorinstanz, dass Gesetz und Verordnung eine Berücksichtigung solcher Faktoren nicht zuliessen (S. 3 der Vernehmlassung), ist daran festzuhalten, dass es sich bei der Ermittlung des Bedarfs nicht um eine exakte Berechnung handeln kann, sondern nur um eine angemessene Einschätzung im Einzelfall, bei welcher der Vorinstanz ein grosser Ermessensspielraum zukommt (E. 4.8). Diesen hat sie aber insofern auch zu nutzen, als sie besondere Faktoren und diesbezügliche Vorbringen der Gesuchstellenden sowie der Fachbehörden des Standortkantons prüfen muss. Entsprechend hätte sie vorliegend prüfen müssen, ob die Kindertagesstätte der

Beschwerdeführerin einen Bedarf an Betreuungsplätzen im massgeblichen Gebiet deckt, der von den fremdsprachigen und Firmenkindertagesstätten im Quartier gerade nicht oder nur zu einem kleinen Teil gedeckt wird. Dabei könnte sie etwa auf die Wohnorte der in der Kindertagesstätte der Beschwerdeführerin betreuten Kinder sowie auf die Auslastung der bestehenden Kindertagesstätten im massgeblichen Gebiet und deren Wartelisten abstellen (vgl. mit einer entsprechenden Regelung Art. 21 Abs. 1 der Verordnung über die familienergänzende Kinderbetreuung in der Stadt Zürich vom 12. März 2008 [AS 410.130]). 7.3 Die Beschwerdeführerin verlangt darüber hinaus, weitere Betreuungsplätze im Quartier nicht zu berücksichtigen (vgl. S. 3 der Beschwerde). Dabei stützt sie sich auf die Stellungnahme des Kantons vom 14. September 2021. Dieser ist zu entnehmen, dass es sich bei den übrigen Plätzen, die nicht berücksichtigt werden sollen, um nicht subventionierte Plätze handle, die nicht oder nur zu einem kleinen Anteil der Quartierbevölkerung zur Verfügung stehen würden (S. 5 f. der Stellungnahme des Kantons vom 14. September 2021). Inwiefern die nicht subventionierten Plätze der Quartierbevölkerung generell oder zumindest mehrheitlich nicht zur Verfügung stehen sollen, geht allerdings weder aus den Ausführungen der Beschwerdeführerin noch der Stellungnahme des Kantons hervor, weshalb sich dieser Einwand nicht als stichhaltig erweist. Wie die Vorinstanz zudem richtigerweise vorbringt (S. 3 der Vernehmlassung), unterscheiden das KBFHG und die KBFHV nicht zwischen subventionierten und nicht subventionierten Angeboten. 7.4 Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Vorinstanz habe bei ihrer Berechnung der Versorgungsquote die Zahl der Kinder im Vorschulalter zu tief angesetzt, indem sie nur 4,5 Jahrgänge berücksichtigt habe und nicht wie die Stadt Zürich 5 Jahrgänge plus 10 Prozent der 5- und 6-Jährigen (S. 4 der Beschwerde). Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz jedoch alle Kinder von 0 bis 4 Jahre und somit 5 Jahrgänge berücksichtigt (vgl. S. 2 der Vernehmlassung und vi-act. A 29). Es fragt sich somit einzig, ob die Vorinstanz wie die Stadt Zürich zusätzlich 10 Prozent der Kinder im Alter von 5 und 6 Jahren berücksichtigen müsste (vgl. E. 7.1). 7.4.1 Die Vorinstanz bringt dazu vor, die Versorgungsquote müsse in der ganzen Schweiz nach den gleichen Grundsätzen berechnet werden, um eine Gleichbehandlung der Gesuche zu gewährleisten. Nach Art. 4 Abs. 1 KBFHV würden jene Institutionen als Kindertagesstätten gelten, die Kinder im Vorschulalter betreuten. Entsprechend könnten nicht - wie in der Stadt Zürich - ein Teil der 5- und 6-jährigen Kinder mitberücksichtigt werden. In gewissen Kindertagesstätten der Deutschschweiz würden zwar ausnahmsweise Kinder im Kindergartenalter mitbetreut, doch wäre dies beispielsweise in der Romandie nicht der Fall (S. 2 der Vernehmlassung). 7.4.2 Die Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Der Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung wird insbesondere verletzt, wenn hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn Unterscheidungen unterlassen werden, die aufgrund der Verhältnisse hätten getroffen werden müssen (BGE 136 V 231 E. 6.1). Bei der Rechtsanwendung haben die Behörden gleiche Sachverhalte mit gleichen relevanten Tatsachen gleich zu behandeln, es sei denn, ein sachlicher Grund rechtfertigt eine unterschiedliche Behandlung (BGE 131 I 105 E. 3.1). Ebenso dürfen Rechtsnormen nicht undifferenziert auf ungleiche Sachverhalte angewendet werden, sofern es dafür keine sachlichen Gründe gibt (Bernhard Waldmann, in: Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, Art. 8 BV N 40; vgl. BGE 129 V 110 E. 1.2.2). Haben die Behörden angesichts

lückenhafter Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen oder von eingeräumtem Ermessen eine Praxis zu bilden, so darf diese - ähnlich wie Erlasse - gewisse Schematisierungen beinhalten, solange diese nicht zu Ergebnissen führen, die nicht mehr sachgerecht und vernünftig erscheinen (Waldmann, a.a.O., Art. 8 BV N 37 und 40). 7.4.3 Ob in einem Kanton ein Teil der Kinder im Kindergartenalter in Kindertagesstätten mitbetreut wird, ist in Bezug auf den Bedarf an Betreuungsplätzen als relevanter Unterschied einzustufen, da der Bedarf höher ist, wenn ältere Kinder mitbetreut werden. Somit ist zu prüfen, ob ein sachlicher Grund für die Nichtberücksichtigung des Unterschieds besteht. Im Hinblick auf den Zweck der Finanzhilfen für Kindertagesstätten ist festzuhalten, dass die Verordnung Kindertagesstätten als Institutionen definiert, die Kinder im Vorschulalter betreuen (Art. 4 Abs. 1 KBFHV), weshalb Finanzhilfen für Kindertagesstätten i.S.v. Art. 2 Abs. 1 Bst. a KBFHG) sich folglich auf Betreuungsplätze für Kinder im Vorschulalter beziehen. Sie auch für ältere Kinder auszurichten, widerspräche deshalb an sich den subventionsrechtlichen Geboten der Wirtschaftlichkeit und Wirksamkeit (Art. 1 Abs. 1 Bst. b SuG) und dem öffentlichen Interesse an der nachhaltigen Wirkung von Finanzhilfen für die familienergänzende Kinderbetreuung (vgl. dazu Urteil des BVGer B-5102/2021 vom 13. September 2022 E. 3.2 m.w.H.). Zu berücksichtigen ist aber auch, dass Finanzhilfen gleichsam für Einrichtungen für die schulergänzende Betreuung von Kindern bis zum Ende der obligatorischen Schulzeit ausgerichtet werden (Art. 2 Abs. 1 Bst. b KBFHG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KBFHV). Somit würde eine Berücksichtigung eines Teils der Kinder im Kindergartenalter bei der Berechnung des Bedarfs an Plätzen in Kindertagesstätten nicht zu einer von Gesetz und Verordnung unbeabsichtigten Wirkung führen. 7.4.4 Angesichts der Zulässigkeit gewisser Schematisierungen im Rahmen einer Behördenpraxis (E. 7.4.2) erscheint ein Verzicht auf die Berücksichtigung eines Teils der Kinder im Kindergartenalter bei der Ermittlung des Bedarfs an Betreuungsplätzen allerdings zulässig. Dies gilt umso mehr, als nach der Praxis der Vorinstanz die Zahl der Kinder, die noch nicht zur Schule gehen, zu hoch eingeschätzt sein dürfte. So werden im Kanton Basel-Stadt mit dem Beginn jedes Schuljahres Mitte August die Kinder schulpflichtig, die bis zum vorangegangenen 31. Juli das fünfte Altersjahr begonnen haben (§ 56 Abs. 1 i.V.m. § 67 Schulgesetz des Kantons Basel-Stadt vom 4. April 1929 [SG 410.100]). Ein Teil der per 31. Dezember ermittelten und von der Vorinstanz vollständig berücksichtigten 4-Jährigen (vgl. E. 7.1) ist folglich bereits schulpflichtig. 7.4.5 Die Praxis der Vorinstanz, bei der Ermittlung des Bedarfs an Betreuungsplätzen in Kindertagesstätten auf die Summe der 0- bis 4-jährigen Kinder abzustellen, ist somit nicht zu beanstanden. 7.5 Eine weitere Rüge der Beschwerdeführerin betrifft den Betreuungsumfang, auf den die Vorinstanz bei der Berechnung der Versorgungsquote abstellt. Anstelle des Betreuungsumfangs von 60 Prozent, den die Vorinstanz unterstelle, sei auf einen tatsächlichen Betreuungsumfang von 62 Prozent abzustellen (S. 2 f. der Replik). Der tatsächliche Betreuungsumfang, d.h. der Anteil der Arbeitstage von Montag bis Freitag, den in Kindertagesstätten betreute Kinder dort durchschnittlich verbringen, ist zu unterscheiden von der Anzahl betreuter Kinder pro Betreuungsplatz, da bei letzterem Wert auch nicht oder nur teilweise besetzte Plätze berücksichtigt werden. Aus einem Bericht des Kantons Basel-Stadt geht hervor, dass der tatsächliche Betreuungsumfang im Jahr 2020 «rund 58 Prozent» betrug (Bericht Tagesbetreuung der Fachstelle Planungsgrundlagen des Erziehungsdepartements des Kantons Basel-Stadt vom Oktober 2021, <https://www.jfs.bs.ch/dam/jcr:1f3c6d33-93ed-417c-b6e6-f177889b84ce/Bericht%20Tagesbetreuung%202021.pdf>, abgerufen am 19. Januar 2023, S. 20). Der von

der Beschwerdeführerin vorgebrachte Wert von 62 Prozent korrespondiert hingegen mit der im gleichen Bericht aufgeführten Anzahl Kinder pro Platz von 1,61 im Jahr 2020 (a.a.O., S. 21). Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Betreuungsumfangs müsste die Versorgungsquote folglich mit einem Faktor von 1,72 berechnet werden. Damit erweist sich die Berechnung der Vorinstanz, die einen Faktor von 1,67 verwendet, als günstiger für die Beschwerdeführerin und ihre Rüge entsprechend als unbegründet. 7.6 Anders als von der Beschwerdeführerin vorgebracht (S. 4 der Beschwerde), ist schliesslich das städtebauliche Entwicklungspotenzial nicht zu berücksichtigen, da es sich dabei nicht um einen verlässlichen Indikator für den Bedarf an zusätzlichen Betreuungsplätzen handelt (vgl. E. 4.4). 7.7 Die Vorinstanz hat hier bei der Neu beurteilung im Rahmen der vorliegenden Rückweisung aufgrund der bereits vorliegenden Stellungnahme des Kantons vom 14. September 2021 keine weitere Stellungnahme einzuholen (vgl. E. 3.5).

## **E. 8**

5 Durchschnitt 18 18 16 17,33 Die prozentuale Auslastung der Kindertagesstätte beträgt damit: Morgen Mittag Nachmittag Total Montag 91,67 95,83 91,67 Dienstag 91,67 91,67 91,67 Mittwoch 87,50 83,33 70,83 Donnerstag 70,83 70,83 58,33 Freitag 33,33 33,33 20,83 Durchschnitt 75,00 75,00 66,67 72,21 Die Kindertagesstätte war im April 2022 somit zu 72,21 Prozent ausgelastet.

### **E. 8.1**

Die Beschwerdeführerin gilt entsprechend dem Verfahrensausgang (vgl. E. 6.4) als obsiegende Partei, weshalb ihr keine Kosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG e contrario). Der geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 4'000.- ist der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten. Vorinstanzen haben keine Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

### **E. 8.2**

Der obsiegenden Beschwerdeführerin ist für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE; SR 173.320.2]). Zwar haben andere Behörden als Bundesbehörden «in der Regel» keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE). Ausnahmen bestehen jedoch etwa bei mutwilliger oder leichtfertiger Prozessführung der Gegenpartei (Urteil des BVGer A-1183/2017 vom 21. Dezember 2017 E. 7.3.3) und bei kleineren und mittleren Gemeinwesen, die über keinen Rechtsdienst verfügen und daher auf einen Anwalt angewiesen sind (BVGE 2011/19 E. 60; Urteile des BVGer A-4318/2020 vom 21. September 2020 E. 2.2; A-8636/2007 vom 23. Juni 2008 E. 12; A-1275/2011 vom 20. September 2012 E. 11). Sodann rechtfertigt sich das Ausrichten einer Parteientschädigung, wenn die Beschwerde führende Behörde im Falle ihres Unterliegens kostenpflichtig geworden wäre (Michael Beusch, in: Auer et al. [Hrsg.], VwVG, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Kommentar, 2. Aufl. 2019, Art. 64 VwVG N 10; Moser et al., a.a.O., Rz. 4.66). Dies ist der Fall, wenn es sich nicht um eine Bundesbehörde handelt und sich der Streit um vermögensrechtliche Interessen von Körperschaften oder autonomen Anstalten dreht (Art. 63 Abs. 2 VwVG; vgl. auch Urteil des BVGer A-3862/2013 vom 31. März 2014 E. 10.2 mit der Ausrichtung einer Parteientschädigung an die Stadt Zürich). Im vorliegenden Fall ist die Beschwerdeführerin nicht als Hoheitsträger an das Bundesverwaltungsgericht gelangt. Sie befindet sich vielmehr

in der gleichen Rechtsposition wie ein Privater (vgl. E. 1.3), der Streit dreht sich um ihre vermögensrechtlichen Interessen und im Falle ihres Unterliegens wäre sie nach Art. 63 Abs. 2 VwVG kostenpflichtig geworden. Somit ist ihr eine Parteientschädigung auszurichten. Für das Beschwerdeverfahren hat die Beschwerdeführerin keine Kostennote eingereicht, weshalb die notwendigen Parteikosten aufgrund der Akten zu bestimmen sind (Art. 14 Abs. 2 in fine VGKE). Gestützt auf die in Betracht zu ziehenden Bemessungsfaktoren (Art. 9 ff. VGKE) ist der Beschwerdeführerin für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.- zuzusprechen.

## **E. 9**

Gegen Entscheide betreffend Subventionen, auf die kein Anspruch besteht, ist die Beschwerde an das Bundesgericht ausgeschlossen (Art. 83 Bst. k Bundesgerichtsgesetz [BGG, SR 173.110]). Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung stellen keine Anspruchs-, sondern Ermessenssubventionen dar (E. 2.1). Das vorliegende Urteil kann deshalb nicht beim Bundesgericht angefochten werden und ist somit endgültig.

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