

# **BVGer B-5421/2021 vom 28. Februar 2023**

Bundesverwaltungsgericht, 2023-02-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-5421\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-5421_2021)

FR: TAF B-5421/2021 du 28 février 2023

IT: TAF B-5421/2021 del 28 febbraio 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**

Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung (Art. 48 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Die Beschwerdefrist wurde eingehalten (Art. 50 Abs. 1 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. 1.4**

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 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 sachverständige 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**

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Rz. 18 ff. der Beschwerde).

### **E. 3.1**

Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 VwVG). Dies umfasst das Recht der Parteien, vor Erlass einer Verfügung von der Behörde angehört zu werden (Art. 30 VwVG). Die Parteien müssen Gelegenheit haben, sich zu allen relevanten Tatsachen zu äussern, bevor ein Entscheid über die Rechtslage getroffen wird (BGE 138 III 252 E. 2.2; 135 II 286 E. 5.1; 135 V 465 E. 4.3.2). Das Anhörungsrecht bezieht sich in erster Linie auf Sachverhaltsfragen. Eine Anhörung zu Rechtsfragen ist immerhin bei überraschender Rechtsanwendung sowie bei besonders grossem Ermessen der Behörde geboten (BGE 129 II 497 E. 2.2). Die Anhörung ist so auszugestalten, dass die Partei ihren Standpunkt wirksam darlegen kann (René Wiederkehr et al., VwVG Kommentar, 2022, Art. 30 N 12). Die Anhörung hat nicht zwingend schriftlich, jedoch im Rahmen einer formellen Verfahrenshandlung zu erfolgen, so dass für die Parteien klar sein kann und muss, dass die Behörde die betreffende Handlung im Hinblick auf die Gewährung des rechtlichen Gehörs in einem konkreten Verfahren vornimmt (Bernhard Waldmann/ Jürg Bickel, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 30 N 39 ff. und 45). So reicht es etwa nicht aus, wenn eine Pensionskasse die koordinationsrechtliche Kürzung einer BVG-Invalidenrente in einem blossen Schreiben mitteilt (BGE 140 I 50 E. 4.1). Nicht nötig ist eine Anhörung allerdings, wenn sich die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller bereits im Rahmen des Gesuchs zum relevanten Sachverhalt hätte äussern können und müssen (Patrick Sutter, in: Auer et al. [Hrsg.], VwVG Kommentar, 2. Aufl. 2019, Art. 30 N 7).

### **E. 3.2**

Nach der Rechtsprechung kann, im Sinne einer Heilung des Mangels, selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abgesehen werden, wenn das rechtliche Gehör im Rechtsmittelverfahren nachträglich gewährt werden kann und die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2; 136 V 117 E. 4.2.2.2). Voraussetzung für eine Heilung ist, dass der Rechtsmittelinstanz die gleiche Kognition zukommt wie der Vorinstanz. Nicht möglich ist eine Heilung, wenn die Rechtsmittelinstanz Ermessensentscheide der Vorinstanz nur mit Zurückhaltung überprüft und der Beschwerdeführerin oder dem Beschwerdeführer insofern eine Instanz verloren gehen würde (BVG 2012/24 E. 3).

### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführerin rügt, ihr sei weder die Gelegenheit für eine Stellungnahme eingeräumt noch mitgeteilt worden, welchen Inhalt der Entscheid der Vorinstanz voraussichtlich haben werde (Rz. 19 der Beschwerde). Die Vorinstanz hält dem entgegen, die Beschwerdeführerin sei bereits am 9. Dezember 2020 per Telefon über den ablehnenden Entscheid und die Gründe dafür informiert worden. Am 14. Dezember 2020 seien der Beschwerdeführerin sodann die relevanten Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts zugestellt worden. Am 11. November 2021 sei die Beschwerdeführerin schliesslich darüber informiert worden, dass die Vorinstanz an der Ablehnung des Gesuchs festhalte (S. 3 der Vernehmlassung).

### **E. 3.4**

Aus den Notizen der Vorinstanz zum Gesuch der Beschwerdeführerin (vi-act. B) geht hervor, dass die Beschwerdeführerin von der Vorinstanz am 9. Dezember 2020 per Telefon darüber informiert wurde, dass ihr Gesuch aufgrund der hohen Versorgungsquote im Quartier abzulehnen sei. Die Beschwerdeführerin wurde somit über den Sachverhalt, den die Vorinstanz ihrer Entscheidung zugrunde zu legen beabsichtigte, sowie über die massgebliche Rechtsauffassung der Vorinstanz in Kenntnis gesetzt. Fraglich ist hingegen, ob für die Beschwerdeführerin erkennbar war, dass ihr die Vorinstanz die entsprechenden Informationen im Hinblick auf die Gewährung ihres Anhörungsrechts mitteilte, zumal der Beschwerdeführerin in dem Telefongespräch bedeutet wurde, dass die Einreichung weiterer Unterlagen nichts an der Einschätzung der Vorinstanz ändern werde. Nichts anderes ergibt sich aus den weiteren Telefongesprächen und der weiteren Korrespondenz per E-Mail (vi-act. A 21 ff. und B).

### **E. 3.5**

Ob das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt wurde und ob eine allfällige Gehörsverletzung im Beschwerdeverfahren hätte geheilt werden können, kann allerdings offenbleiben, da die Sache jedenfalls aus anderen Gründen an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

### **E. 4**

In materieller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin sinngemäss im Wesentlichen, die Vorinstanz habe fälschlicherweise einen Bedarf an neuen Betreuungsplätzen 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 BVerG 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 Anmelde­liste 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 Anmelde­liste auf unterschriebenen Verträgen zu basieren. Nicht ausreichend ist hingegen eine unverbindliche Anmelde­liste (Erläuterung Änderung KBFHV, S. 3; Urteile des BVerG 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 BVerG 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 BVerG 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 (vgl. 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 (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).

#### **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**

Im Rahmen ihres Gesuchs belegte die Beschwerdeführerin den Bedarf an neuen Betreuungsplätzen nicht mit verbindlichen Anmelde Listen. Im Beschwerdeverfahren hat sie hingegen eine Anmelde Liste mit dem Titel «Übersicht Kinder in der Kita (...)» eingereicht (Beilage 14 zur Replik).

#### **E. 5.1**

Im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist der Sachverhalt im Zeitpunkt des Urteils massgeblich und sind unechte und echte Noven sowie neue Beweismittel grundsätzlich zu berücksichtigen (BVGE 2014/1 E. 2; Urteil des BVGer B-3394/2007 vom 29. September 2008 E. 6; André Moser et al., Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2022, Rz. 2.204). Erst im Beschwerdeverfahren eingereichte Angaben zur Belegung von Kindertagesstätten sind somit zu beachten (Urteile des BVGer B-5102/2021 vom 13. September 2022 E. 3.1; B-4279/2020 vom 19. Januar 2022 E. 5.4.5; B-3091/2016 vom 8. Februar 2018 E. 4.5).

#### **E. 5.2**

Parteien sind in Verfahren, die sie durch ihr Begehren einleiten, verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken (Art. 13 Abs. 1 Bst. a VwVG). Sie haben unter anderem die erforderlichen Belege beizubringen (Urteil des BVGer B-5387/2015 vom 31. Januar 2017 E. 5). Die Behörde hat die Parteien aber darüber aufzuklären, worin ihre Mitwirkungspflicht besteht und welche Beweismittel beizubringen sind (Urteil des BGer 2C\_388/2008 vom 16. Dezember 2008 E. 4.1; Urteil des BVGer B-5102/2021 vom 13. September 2021 E. 3.1).

#### **E. 5.3**

Die von der Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren eingereichte Anmelde Liste (Beilage 14 zur Replik) ist vorliegend zu berücksichtigen (vgl. E. 5.1). Sie weist Anmeldungen von insgesamt 36 Kindern mit einem Betreuungsumfang von insgesamt 19,99 Plätzen aus, wobei 3 der Anmeldungen zum Zeitpunkt der Einreichung der Anmelde Liste am 23. Mai 2022 noch in der Zukunft lagen. Es erscheint somit nicht eindeutig, ob es sich ausnahmslos um verbindliche Anmeldungen handelt, zumal die Aufstellung undatiert ist und die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde vom 14. Dezember 2021 noch 14 bestehende Anmeldungen und 15 neue Anfragen geltend gemacht hatte (Rz. 7 der Beschwerde). Zudem ist nicht ersichtlich, auf welche Anzahl angebotene Betreuungsplätze sich die Anmeldungen beziehen. Im Gesuch war die Anzahl geplanter Betreuungsplätze mit «18, später Kapazität 25» angegebenen worden, wobei die Angabe aber handschriftlich auf «14 (siehe Telefonat 11.03.2020)» geändert wurde. Die Auslastung der geschaffenen Betreuungsplätze lässt sich unter diesen Umständen nicht berechnen, womit der konkrete Bedarf an neuen Betreuungsplätzen somit nicht hinreichend klar nachgewiesen wurde.

#### **E. 5.4**

Dass die Beschwerdeführerin den konkreten Bedarf nicht hinreichend klar nachgewiesen hat, kann ihr angesichts des vorinstanzlichen Verfahrens im konkreten Fall allerdings nicht

vorgeworfen werden. Die Vorinstanz forderte die Beschwerdeführerin zwar am 11. September 2020 per E-Mail auf, bis am 27. November 2020 «Präsenzkontrollen» einzureichen (vi-act. A 12). Am 5. Oktober 2020 teilte sie der Beschwerdeführerin jedoch ebenfalls per E-Mail mit, dass diese aufgrund einer «Änderung unseres Prüfungsprozesses» bis auf Weiteres keine Präsenzkontrollen erstellen und einreichen müsse (vi-act. A 17). Im Folgenden stützte die Vorinstanz ihren Entscheid auch einzig auf die Versorgungsquote im betreffenden Quartier ab (vgl. S. 2 der Verfügung). Als Gesuchstellerin hätte die Beschwerdeführerin den konkreten Bedarfsnachweis i.S.v. Art. 12 Abs. 1 Bst. b KBFHV zwar dennoch erbringen müssen. Angesichts der Aufklärungspflicht der Behörden und der Aufforderung der Vorinstanz, vorderhand von der Erstellung und Einreichung von Präsenzlisten abzusehen, durfte sie jedoch darauf vertrauen, wenn nötig rechtzeitig erneut zur Einreichung von Präsenzlisten und zur Ergänzung unklarer oder unvollständiger Angaben aufgefordert zu werden.

### **E. 5.5**

Der Verzicht auf die Prüfung des konkreten Bedarfsnachweises i.S.v. Art. 12 Abs. 1 Bst. b KBFHV und das Einfordern entsprechender Belege seitens der Vorinstanz rechtfertigt sich nur dann, wenn diese mit ihrer Argumentation durchzudringen vermag, dass sich eine Prüfung des konkreten Bedarfsnachweises angesichts der Versorgungsquote im massgeblichen Gebiet erübrige. Spricht das bestehende Angebot im massgeblichen Gebiet hingegen nicht gegen einen Bedarf an neuen Betreuungsplätzen, ist die Aufklärungspflicht der Vorinstanz als verletzt zu erachten und der Beschwerdeführerin Gelegenheit zu geben, die nötigen Präsenzlisten einzureichen.

### **E. 6**

Im Hinblick auf die Berücksichtigung des bestehenden Angebots Dritter ist zunächst strittig, ob die Vorinstanz das massgebliche Gebiet im Rahmen ihres Ermessensspielraums festgelegt hat.

#### **E. 6.1**

Die Beschwerdeführerin rügt zunächst, die Vorinstanz habe nicht geprüft, ob sich ihre Kindertagesstätte tatsächlich im Quartier Iselin und nicht im Quartier St. Johann befinde (S. 4 der Beschwerde). Wie die Beschwerdeführerin selber ausführt, bildet die (...), an der die Kindertagesstätte der Beschwerdeführerin liegt, die Grenze zwischen den beiden Quartieren. Dem offiziellen Stadtplan (<https://map.geo.bs.ch>, abgerufen am 19. Januar 2023) und auch einer von der Beschwerdeführerin eingereichten Karte (Beilage 16 zur Replik) lässt sich entnehmen, dass sich die Kindertagesstätte der Beschwerdeführerin auf jener Strassenseite befindet, die zum Quartier St. Johann gehört. Daran ändert auch nichts, dass die Einteilung der Quartiere politisch umstritten ist, wie die Beschwerdeführerin geltend macht (Rz. 7 der Replik).

#### **E. 6.2**

Weiter wendet die Beschwerdeführerin ein, das Einzugsgebiet ihrer Kindertagesstätte könne nicht mit dem Quartier St. Johann gleichgesetzt werden (Rz. 7 der Replik). Die Vorinstanz stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, angesichts einer Versorgungsquote von 104,47 Prozent könne auf einen Einbezug der Nachbarquartiere verzichtet werden (S. 2 der Verfügung; S. 3 der Vernehmlassung). 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 f. der Duplik).

### **E. 6.3**

Die Versorgungsquote ist jeweils für das massgebliche Gebiet zu berechnen, in welchem die Elternschaft bereit ist, für einen freien Betreuungsplatz den jeweiligen Anfahrtsweg in Kauf zu nehmen, und das nicht unbedingt identisch mit den Gemeinde- oder Quartiersgrenzen ist (vgl. E. 4.6). Folglich muss das massgebliche Gebiet festgelegt werden, bevor die Versorgungsquote für dieses ermittelt werden kann.

### **E. 6.4**

Bereits die Quartiergrenzlage spricht dafür, dass sich das massgebliche Gebiet nicht auf das Standortquartier beschränkt (vgl. auch Urteil des BVGer B-4320/2021 vom 18. Februar 2022 E. 5.4.2). Gemäss der von der Beschwerdeführerin eingereichten Anmelde-Liste stammen sodann 55,5 Prozent der angemeldeten Kinder aus dem Nachbarquartier Iselin und nur 30,5 Prozent aus dem Standortquartier St. Johann (Beilage 14 zur Replik). Auch wenn man nur die 14 Kinder berücksichtigen wollte, die gemäss der Beschwerdeführerin bei Einreichung der Beschwerde vom 14. Dezember 2021 betreut wurden (vgl. Rz. 17 der Beschwerde), ergäbe sich ein ähnliches Bild. 9 der 14 Kinder und somit 64,3 Prozent stammen aus dem Quartier Iselin, der Rest mehrheitlich aus dem Quartier St. Johann. Aus der Herkunft der betreuten Kinder lässt sich ableiten, dass Eltern aus dem Quartier Iselin bereit sind, den entsprechenden Weg zur Kindertagesstätte der Beschwerdeführerin auf sich zu nehmen. Die Vorinstanz hat das massgebliche Gebiet somit nicht im Rahmen der anwendbaren Grundsätze festgelegt und insofern ihren Ermessensspielraum überschritten.

### **E. 6.5**

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.

### **E. 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. 4.6). 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).

### **E. 7.1**

Zur Berücksichtigung sämtlicher Angebote im gleichen Ort stellt die Vorinstanz praxismässig 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\\_das\\_department/publikationen/rep\\_kibe.html](https://www.stadt-zuerich.ch/sd/de/index/ueber_das_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 ist, 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. Johann in Basel hat die Vorinstanz ihrer Berechnung 563 im Quartier bestehende Betreuungsplätze (Stand 31. Oktober 2019) und 900 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 31) und sich daraus eine Versorgungsquote von 104,47 Prozent ergibt (vgl. S. 2 der Verfügung).

### **E. 7.2**

Im Hinblick auf die Beurteilung von Angebot und Nachfrage im massgeblichen Gebiet macht die Beschwerdeführerin zunächst einen zu erwartenden Anstieg der Kinderzahlen und einen damit verbundenen Bedarf an zusätzlichen Betreuungsplätzen sowie die Aufwertung des Standortquartiers St. Johann und eine rege Bautätigkeit in der Nähe ihrer Kindertagesstätte geltend (Rz. 12 f. der Beschwerde). Da Verweise auf Umstände wie Bevölkerungsentwicklung oder Bautätigkeit nach der Rechtsprechung nicht ausreichen, um einen Bedarf an neuen Betreuungsplätzen zu belegen (vgl. E. 4.4), erweist sich dieser Einwand aber als unbegründet.

### **E. 7.3**

Weiter verweist die Beschwerdeführerin auf die besondere Qualität ihres Angebots (Rz. 14 der Beschwerde). Weder das KBFHG oder die KBFHV noch die Praxis der Vorinstanz sehen allerdings vor, dass der Bedarf nach Angeboten mit unterschiedlicher Ausgestaltung separat zu erheben wäre. Insofern kann die Qualität des Angebots der Beschwerdeführerin beim Bedarfsnachweis i.S.v. Art. 12 Abs. 1 Bst. b KBFHV keine Rolle spielen und erweist sich auch dieser Einwand als unbegründet.

### **E. 7.4**

Hingegen bringt die Beschwerdeführerin in nachvollziehbarer Weise vor, dass im Standortquartier St. Johann zwar ein grosses Angebot an Betreuungsplätzen bestehe, viele von diesen aber mutmasslich von auswärtigen Eltern in Anspruch genommen würden, die bei grossen im Quartier angesiedelten Unternehmen angestellt seien (Rz. 14 der Beschwerde). Gleichzeitig geht aus der Anmeldeliste hervor, dass die Kindertagesstätte der Beschwerdeführerin nicht von Auswärtigen genutzt wird. Sie trägt vielmehr überwiegend

dazu bei, den Bedarf des benachbarten Quartiers Iselin zu decken (vgl. E. 6.4), das zu den am schlechtesten versorgten Quartieren der Stadt Basel gehört (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. 17 und 22). Damit liegt nicht der Fall vor, dass eine weitere Kindertagesstätte an einem sehr zentralen Standort eröffnet wurde, an dem bzw. in dessen Nähe ein bereits sehr hohes Angebot besteht (so hingegen in Urteil des BVGer B-4320/2021 vom 18. Februar 2022 E. 5.4.4), weshalb die Gefahr unerwünschter Substitutionseffekte entsprechend gering erscheint. Es 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 (vgl. 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. Sie darf somit Umstände wie die genannten nicht ausser Acht lassen und ihr Ermessen auch nicht unterschreiten.

### **E. 8.1**

Die Beschwerdeführerin gilt entsprechend dem Verfahrensausgang 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 ihr 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]). Für das Beschwerdeverfahren reichte die Beschwerdeführerin keine Kostennote ein, 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. 2'400.- 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.