



## **Urteil vom 5. August 2020**

---

Besetzung

Richter Christian Winiger (Vorsitz),  
Richter Jean-Luc Baechler, Richterin Eva Schneeberger,  
Gerichtsschreiber Reto Finger.

---

Parteien

**X.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Prof. Dr. iur. Isabelle Häner, Rechtsanwältin,  
Bratschi AG, Bahnhofstrasse 70, Postfach, 8021 Zürich 1,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Bundesamt für Sozialversicherungen BSV,**  
Geschäftsfeld Familie, Generationen und Gesellschaft,  
Effingerstrasse 20, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung.

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

Bei der X. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) handelt es sich um eine Stiftung, welche Trägerin von insgesamt 15 Kindertagesstätten in der Stadt Zürich ist.

**B.**

Mit Eingabe vom 15. Februar 2019 reichte die Beschwerdeführerin beim Bundesamt für Sozialversicherung BSV (nachfolgend: Vorinstanz) ein Gesuch um Gewährung von Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung für die Kindertagesstätte "[...] Kita 6a [...]" im Quartier "Unterstrass" (im Norden der Stadt Zürich) ein.

**C.**

Mit Verfügung vom 26. November 2019 wies die Vorinstanz das Gesuch ab. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, nur Betreuungsplätze fördern zu können, für die nachhaltig ein Bedarf bestehe. Deshalb müssten auch die Belegzahlen der anderen, von der Beschwerdeführerin in der Stadt Zürich betriebenen Kindertagesstätten beigezogen werden: Aus diesen Angaben gehe hervor, dass zwar am Standort "[...] Kita 6a [...]" tatsächlich ein Bedarf für eine Gruppe mit elf Plätzen bestehe, hingegen bestünden in den übrigen von der Beschwerdeführerin betriebenen Kindertagesstätten in der Stadt Zürich freie Kapazitäten von über 20 Plätzen. Allein in den ebenfalls von der Beschwerdeführerin betriebenen und mit Finanzhilfen bedachten Kindertagesstätten "[...] Kita 1" und "[...] Kita 7" seien im Januar 2020 im Durchschnitt 19 Plätze leer geblieben. Insgesamt sei kein Bedarf zur Schaffung neuer Plätze ausgewiesen, vielmehr drohe faktisch eine Umverteilung der freien Kapazitäten der Beschwerdeführerin (Verfügung S. 2).

**D.**

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 9. Januar 2020 Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht mit nachfolgenden Rechtsbegehren:

- "1. Die Verfügung des Bundesamtes für Sozialversicherung vom 26. November 2019 sei aufzuheben und das Gesuch um Finanzhilfen der Trägerin X. \_\_\_\_\_ für die Eröffnung der Kindertagesstätte "[...] Kita 6a [...]" sei gutzuheissen.
2. Eventualiter sei das Gesuch zur Neubeurteilung an das Bundesamt für Sozialversicherung zurückzuweisen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich Mehrwertsteuerzuschlag, zu Lasten des Beschwerdegegners."

Die Beschwerdeführerin begründet ihre Anträge im Wesentlichen damit, die fragliche Kindertagesstätte sei in Zusammenarbeit mit der Baugenossenschaft Y. \_\_\_\_\_ geplant worden. Es entspreche der allgemeinen Lebenserfahrung, dass Eltern ihre Kinder möglichst nahe am Wohnort unterbringen wollten. Die von der Vorinstanz erwähnten Kindertagesstätten "[...] Kita 1" und "[...] Kita 7" seien vom geplanten Standort mit öffentlichen Verkehrsmitteln in 25 bzw. 29 Minuten zu erreichen, weshalb eine Umverteilung unwahrscheinlich sei. In den näher gelegenen Kindertagesstätten "[...] Kita 5", "[...] Kita 10", "[...] Kita 10a", "[...] Kita 11a" und "[...] Kita 12" habe jedenfalls keine Umverteilung stattgefunden. Zudem führe die von der Vorinstanz vorgenommene Berechnung auch zu einer Benachteiligung von grossen Trägerschaften. Auf jeden Fall sei der Bedarfsnachweis erbracht, weshalb die Beschwerde gutzuheissen sei (Beschwerde Rz. 10, 12 und 18).

#### **E.**

In ihrer Vernehmlassung vom 28. April 2020 ersuchte die Vorinstanz um Abweisung der Beschwerde und führte zusätzlich aus, in den übrigen von der Beschwerdeführerin betriebenen Kindertagesstätten seien von Januar bis April 2019 insgesamt 22 Plätze frei geblieben, von Juli bis September 2019 sogar 50 Plätze. Ein nachhaltiger Bedarf in der Stadt Zürich sei weiterhin nicht ausgewiesen (Vernehmlassung S. 3).

#### **F.**

Am 28. Mai 2020 reichte die Beschwerdeführerin ihre Schlussbemerkungen ein und hielt an ihren ursprünglichen Anträgen fest. Der Verordnungsgeber verlange zwar einen Bedarfsnachweis mit einer Anmelde-Liste. Die einschlägige Norm würde jedoch nicht vorsehen, dass für eine Trägerschaft, welche im gleichen Ort weitere Angebote betreibe, die Belegung der anderen Kindertagesstätten für die Ermittlung des Bedarfs einbezogen werden müssten (Schlussbemerkungen Rz. 5 und 6). Die Vorinstanz wolle offensichtlich eine Praxis etablieren, mit welcher der Stadt Zürich generell keine Finanzhilfen mehr für neue Betreuungsplätze zugesprochen werde (Schlussbemerkungen Rz. 13).

#### **G.**

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien und die eingereichten Akten wird, soweit erforderlich, in den rechtlichen Erwägungen Bezug genommen.

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

### **1.**

**1.1** Der Entscheid der Vorinstanz vom 26. November 2019 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 31 i.V.m. Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen der Departemente und Dienststellen der Bundesverwaltung. Zu diesen gehört auch die Vorinstanz, welche für den Entscheid über Gesuche für Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung zuständig ist (Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 2002 über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung [KBFHG, SR 861]). Eine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor. Damit ist das Bundesverwaltungsgericht für die Prüfung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

**1.2** 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). Beschwerdefrist sowie Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgerecht geleistet (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt (Art. 44 ff. VwVG).

**1.3** Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

### **2.**

**2.1** Das Verfahren für die Gewährung von Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung richtet sich mangels anderslautender Bestimmungen im KBFHG nach dem Subventionsgesetz vom 5. Oktober 1990 (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-5932/2018 vom 18. März 2019 E. 2.1; B-3819/2017 vom 3. Mai 2018 E. 2.1; B-3091/2016 vom 8. Februar 2018 E. 2).

**2.2** Mit der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann gerügt werden, die angefochtene Verfügung verletze Bundesrecht – einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens –, beruhe auf einer

unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder sei unangemessen (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet das Recht von Amtes wegen an und ist an die Begründung der Parteien nicht gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG).

**2.3** Die angefochtene Verfügung ist grundsätzlich mit voller Kognition zu prüfen. Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt sich jedoch insoweit Zurückhaltung, als schon das Gesetz dem Bundesrat als Ordnungsgeber sowie der Vorinstanz als sachverständige Behörde wegen der beschränkten Geldmittel für Finanzhilfen ("Rahmen der bewilligten Kredite", vgl. Art. 1 und Art. 4 Abs. 3 KBFHG) und der teilweise offenen Aufgabe, dafür einheitliche Kriterien zu finden, einen Beurteilungsspielraum für ihre Entscheidung im Einzelfall nach Massgabe von Art. 7 und 9 KBFHG einräumt (vgl. dazu BGE 135 II 384 E. 2.2.2; Urteile des BVGer B-5932/2018 vom 18. März 2019 E. 2.3; B-1311/2017 vom 11. Juli 2018 E. 2.2; B-3819/2017 vom 3. Mai 2018 E. 2.3, je m.w.H.).

**2.4** Geht es hingegen um die Auslegung und Anwendung von Rechtsvorschriften oder werden Verfahrensmängel gerügt, handelt es sich nicht um einen Ermessensentscheid der Behörde. In solchen Fällen prüft das Bundesverwaltungsgericht die erhobenen Einwendungen in freier Kognition (Urteile des BVGer B-5932/2018 vom 18. März 2019 E.2.4; B-198/2018 vom 30. Januar 2019 E. 2, je m.w.H.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, S. 94 Rz. 2.159).

### **3.**

**3.1** Das KBFHG ist seit dem 1. Februar 2003 in Kraft. Das Gesetz und die dazugehörige Verordnung über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung vom 25. April 2018 (KBFHV, SR 861.1) bilden die Grundlage für ein Impulsprogramm, das die Schaffung von Betreuungsplätzen für Kinder fördern und den Eltern eine bessere Vereinbarkeit von Familie und Beruf oder Ausbildung ermöglichen soll.

**3.2** In seiner Botschaft vom 29. Juni 2016 zur Änderung des KBFHG definierte der Bundesrat zusätzliche Aufgabenbereiche: Ziel der Gesetzesänderung war die Schaffung zweier neuer, auf fünf Jahre befristeter Instrumente zur Förderung der familienergänzenden Kinderbetreuung, nämlich Finanzhilfen für die Erhöhung von kantonalen und kommunalen Subven-

tionen sowie Finanzhilfen für Projekte zur besseren Abstimmung des familienergänzenden Betreuungsangebotes auf die Bedürfnisse der Eltern (vgl. dazu Botschaft vom 29. Juni 2016 zur Änderung des Bundesgesetzes über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung [BBl 2016 6377, 6378 f.]). Die neuen gesetzlichen Grundlagen erforderten ebenfalls eine Anpassung der dazu gehörenden Verordnung (vgl. dazu die Erläuterungen zur Totalrevision der Verordnung über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung vom 25. April 2018, S. 4 f., < [https://www.bsv.admin.ch/dam/bsv/de/dokumente/familie/gesetze/Erlaeuterungen\\_neue\\_Finanzhilfen.pdf.download.pdf/20180425%20Erlaeuterungen%20KBFHV.pdf](https://www.bsv.admin.ch/dam/bsv/de/dokumente/familie/gesetze/Erlaeuterungen_neue_Finanzhilfen.pdf.download.pdf/20180425%20Erlaeuterungen%20KBFHV.pdf)>, abgerufen am 6. Juli 2020). Die revidierten Erlasse traten am 1. Februar 2019 in Kraft.

**3.3** In zeitlicher Hinsicht werden Gesuche um Finanzhilfen gemäss Art. 36 SuG nach dem zum Zeitpunkt der Gesucheinreichung geltenden Recht beurteilt, wenn die Leistung vor der Erfüllung der Aufgabe verfügt wird (Bst. a), oder nach dem zu Beginn der Aufgabenerfüllung geltenden Recht, wenn die Leistung nachher zugesprochen wird (Bst. b). Vorliegend kommt Art. 36 Bst. b SuG zur Anwendung. Die Beschwerdeführerin reichte ihr Gesuch am 15. Februar 2019 ein, weshalb die am 1. Februar 2019 in Kraft getretenen Bestimmungen unbestrittenermassen Anwendung finden.

#### **4.**

**4.1** Nach Art. 1 KBFHG gewährt der Bund im Rahmen der bewilligten Kredite Finanzhilfen zur Schaffung familienergänzender Betreuungsplätze für Kinder, damit die Eltern Familie und Arbeit oder Ausbildung besser miteinander vereinbaren können. Die Finanzhilfen können unter anderem an Kindertagesstätten ausgerichtet werden (Art. 2 Abs. 1 KBFHG). Als Kindertagesstätten gelten 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).

**4.2** Gemäss Art. 3 Abs. 1 KBFHG können Finanzhilfen Kindertagesstätten gewährt werden, die von natürlichen Personen, Kantonen, Gemeinden oder weiteren juristischen Personen geführt werden (Bst. a), deren Finanzierung langfristig, mindestens aber für sechs Jahre, gesichert erscheint (Bst. b) und die den kantonalen Qualitätsanforderungen genügen (Bst. c). Art. 12 Abs. 1 Bst. b KBFHV (in der Fassung vom 7. Dezember 2018, in

Kraft seit 1. Februar 2019) verlangt zusätzlich einen detaillierten Vorschlag, ein Finanzierungskonzept für mindestens sechs Jahre sowie einen konkreten Bedarfsnachweis mit einer Anmeldeliste.

**4.3** Die Regelungen gemäss Art. 2 und Art. 3 KBFHG sind sogenannte "Kann"-Bestimmungen. Bei Finanzhilfen nach dem KBFHG handelt es sich um Ermessenssubventionen. Es liegt damit grundsätzlich im Ermessen der Vorinstanz, ob sie einer Kindertagesstätte, welche die Voraussetzungen gemäss Art. 3 Abs. 1 KBFHG erfüllt, Finanzhilfen zuspricht (Urteil des BGer 2A.95/2004 vom 18. Februar 2004 E. 2.4; Urteile des BVGer B-5932/2018 vom 18. März 2019 E. 4.3; B-3091/2016 vom 8. Februar 2018 E. 2; B-3819/2017 vom 3. Mai 2018 E. 3.3). Hierbei muss sie ihr Ermessen jedoch pflichtgemäss, das heisst verfassungs- und gesetzeskonform, ausüben und besonderes Augenmerk auf Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung legen (vgl. Urteile des BVGer B-1311/2017 vom 11. Juli 2018 E. 3.2; B-3819/2017 vom 3. Mai 2018 E. 3.3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 409 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 26 Rz. 11, je m.w.H.).

**4.4** Hinsichtlich des Bedarfs verlangt Art. 12 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Bst. b KBFHV einen "konkreten Bedarfsnachweis mit einer Anmeldeliste". In der Erläuterung der Vorinstanz vom 7. Dezember 2018 zur Änderung der Verordnung über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung wird in Bezug auf Art. 12 Abs. 1 Bst. b KBFHV Folgendes ausgeführt: "Für die Schaffung von neuen Betreuungsplätzen in Kindertagesstätten und Einrichtungen für die schulergänzende Betreuung ist jedoch eine allgemeine Bedarfsanalyse ungenügend. Es hat sich gezeigt, dass allgemeine Angaben zur Bevölkerungsentwicklung oder Bautätigkeit in einer Region keine verlässlichen Indikatoren für den Bedarf eines zusätzlichen Angebotes sind. Dasselbe gilt auch für die Ergebnisse von Umfragen oder unverbindlichen Interessensbekundungen, mit denen der tatsächliche Bedarf oft erheblich überschätzt wird. Für die Bedarfsprüfung werden jedoch verlässliche Angaben benötigt. Aus diesem Grund muss dem Gesuch ein konkreter Bedarfsnachweis beigelegt werden, der eine verbindliche Anmeldeliste enthält. Diese hat auf unterschriebenen Verträgen zu basieren und über den Umfang der Betreuung Auskunft zu geben. Die blosse Anzahl angemeldeter Kinder, das Platzangebot, die Grösse der Liegenschaft oder die Anzahl des Personals sind nicht massgebend für den Bedarf. Falls die Trägerschaft im gleichen Ort bereits weitere Angebote betreibt, muss für die Frage des Bedarfs auch deren Belegung einbezogen werden. Es kann

nämlich vorkommen, dass mit der Eröffnung eines neuen zusätzlichen Standorts die Belegung an den bestehenden Standorten sinkt. Es 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 zur Änderung der Verordnung über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung vom 7. Dezember 2018 S. 3, <<https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/finanzhilfen/kinderbetreuung/rechtliche-grundlagen.html>>, Kommentar zur Verordnungsänderung von Dezember 2018 [PDF]; abgerufen am 6. Juli 2020)."

## 5.

**5.1** Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe ihr Gesuch um Gewährung von Finanzhilfen aufgrund einer rechtsfehlerhaften Auslegung von Art. 9 KBFHG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 Bst. b KBFHV zu Unrecht abgewiesen. Eltern seien nicht bereit, unbeschränkt weite Wege für die Inanspruchnahme eines Betreuungsplatzes zu gehen. So komme beispielsweise aufgrund der langen Fahrzeiten nicht jeder freie Betreuungsplatz am andern Ende der Stadt in Frage, obwohl Wohnort und Betreuungsplatz gemäss der Erläuterung der Vorinstanz vom 7. Dezember 2018 "im gleichen Ort" lägen (Beschwerde Rz. 10). Weiter führe die aktuelle Praxis, wonach für den Bedarf einer Kindertagesstätte auf sämtliche Standorte einer Trägerschaft abgestellt werde, im Ergebnis zu einer Benachteiligung von grossen Trägerschaften. Bei diesen sei die Wahrscheinlichkeit höher, dass ein Standort – und sei er auch noch so weit von den übrigen Standorten entfernt – nicht optimal ausgelastet sei (Beschwerde Rz. 12).

Der "Report Kinderbetreuung, Leistungen 2018" der Stadt Zürich komme zum Schluss, dass die dynamische Bevölkerungsentwicklung für eine ungebrochene Nachfrage nach Betreuungsplätzen Sorge ("Report Kinderbetreuung, Leistungen 2018" der Stadt Zürich, S. 11; <<https://www.stadt-zuerich.ch/content/dam/stzh/sd/Deutsch/neu/%c3%9cber%20das%20Departement/Publikationen/Report%20Kinderbetreuung/Report%20Kinderbetreuung%202018%2040%20Seiten%20publiziert.pdf>>, abgerufen am 6. Juli 2020, nachfolgend: Report Kinderbetreuung 2018). Der Markt sei keineswegs gesättigt, was auch die volle Anmeldeleiste der Beschwerdeführerin deutlich mache (Beschwerde Rz. 17, Schlussbemerkungen Rz. 12).

**5.2** Die Vorinstanz hält dem entgegen, mit den Finanzhilfen des Bundes solle die Schaffung von Betreuungsplätzen unterstützt werden, für die langfristig tatsächlich ein Bedarf bestehe und deren Finanzierung sichergestellt sei. Falls eine Trägerin im gleichen Ort weitere Angebote betreibe, müsse für die Frage des Bedarfs auch deren Belegung einbezogen werden, ansonsten lediglich eine Umverteilung der freien Kapazitäten drohe (Verfügung S. 2, Vernehmlassung S. 2).

Laut öffentlichen Aussagen der zuständigen Behörden bestehe in der Stadt Zürich bereits seit einiger Zeit kein Mangel mehr an Betreuungsplätzen für Kinder im Vorschulalter, zum Teil gebe es sogar Überkapazitäten bzw. sei mit einer Verschärfung des Wettbewerbs unter den Kindertagesstätten zu rechnen (Vernehmlassung S. 2 f.; vgl. dazu auch Report Kinderbetreuung 2018, a.a.O., S. 11). Ein Bedarf für die Schaffung von zusätzlichen neuen Plätzen sei deshalb nicht mehr vorhanden. Es stehe nun ein gut ausgebautes und bedarfsgerechtes Betreuungsangebot für Vorschulkinder in Zürich zur Verfügung. Die Beschwerdeführerin verfüge in ihren übrigen in der Stadt betriebenen Kindertagesstätten über freie Kapazitäten, weshalb das Gesuch abzuweisen sei (Vernehmlassung S. 3).

**5.3** Das Bundesverwaltungsgericht hat sich bereits vor der Revision des KBFHG bzw. der Totalrevision des KBFHV mehrfach zu den Anforderungen an den Bedarfsnachweis geäußert. Nach seiner ständigen Rechtsprechung ist der Bedarfsnachweis eine unabdingbare Voraussetzung für die Gewährung einer Finanzhilfe, die sich aus der Zweckbestimmung von Art. 1 KBFHG und dem Grundsatz, dass Finanzhilfen möglichst effektiv sein sollen, ergibt (vgl. Urteile des BVGer B-2629/2018 vom 26. März 2019 E. 8.2; B-5932/2018 vom 18. März 2019 E. 5.4.3; B-3091/2016 vom 8. Februar 2018 E. 4.4, je m.H.). Bei der Beurteilung des Bedarfs im konkreten Einzelfall kommt der Vorinstanz technisches Ermessen zu (Urteil des BVGer C-6288/2008 vom 15. Juni 2009).

**5.3.1** Der Begriff des Bedarfs war vor der bereits erwähnten Revision (vgl. E. 3.2 hiervor) weder im Gesetz noch in der Verordnung präzisiert. Aus dem Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 22. Februar 2002 zur Parlamentarischen Initiative Anstossfinanzierung für familienergänzende Betreuungsplätze ging einzig hervor, dass die Vorinstanz im Rahmen der Prüfung eine Bedarfsanalyse verlangen kann (BBl 2002 4219; vgl. dazu auch Urteil des BVGer B-5932/2018 vom 18. März 2019 E. 5.4.2). Mit der Totalrevision der Verordnung hat sich das verändert. Art. 12 Abs. 1 Bst. b KBFHV lautet neu wie

folgt: "Das Beitragsgesuch muss enthalten: Für Kindertagesstätten und Einrichtungen für schulergänzende Betreuung einen detaillierten Vorschlag, ein Finanzierungskonzept, das mindestens sechs Jahre umfasst, und einen konkreten Bedarfsnachweis mit einer Anmelde-Liste."

**5.3.2** Die Beschwerdeführerin macht nun sinngemäss geltend, mit der Beibringung der Anmelde-Liste den Bedarfsnachweis rechtsgenügend erbracht und damit sämtliche Voraussetzungen für Finanzhilfen erfüllt zu haben (Beschwerde Rz. 12 und 18). Die Vorinstanz anerkennt zwar den Bedarf neuer Betreuungsplätze in der Kindertagesstätte "[...] Kita 6a [...]", verweist aber auf ihre Erläuterung betreffend die anderen Angebote der selben Trägerschaft "im gleichen Ort" (Vernehmlassung S. 3). Vorliegend ist somit vorab der Umfang des Bedarfsnachweises im Sinne Art. 12 Abs. 1 Bst. b KBFHV umstritten. Die Antwort ist mittels Auslegung zu ermitteln.

**5.3.3** Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut (grammatikalische Auslegung). Vom klaren, eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, so etwa dann, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt. Ist der Text nicht klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden (ratio legis) unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente (BGE 145 II 182 E. 5.1; 141 II 262 E. 4, je m.H.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 25 Rz. 2 f.).

**5.3.4** Die grammatikalische Auslegung stellt auf Wortlaut, Wortsinn und Sprachgebrauch ab. Unter Sprachgebrauch ist dabei in der Regel der allgemeine Sprachgebrauch zu verstehen. Massgebliches Element ist dabei der Gesetzestext (statt vieler BGE 143 II 685 E. 4; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 177 ff.).

Dem Wortlaut der Bestimmung kann entnommen werden, dass der konkrete Bedarfsnachweis nicht abschliessend durch die Beibringung einer Anmelde-Liste erbracht wird. Die Verwendung der Präposition "mit" deutet vielmehr darauf hin, dass zum Bedarfsnachweis *zusätzlich* eine Anmelde-Liste einzureichen ist, die den Bedarf weiterführend dokumentiert. Soweit sich die Beschwerdeführerin auf den Standpunkt stellen sollte, der Bedarfsnachweis sei bereits mit der Abgabe einer Anmelde-Liste abschliessend erbracht worden (vgl. dazu Beschwerde Rz. 18), wäre ihr bereits aufgrund der grammatikalischen Auslegung der einschlägigen Norm zu wider-

sprechen. Allerdings führt die Norm nicht weiter aus, was beim Bedarfsnachweis zusätzlich zu berücksichtigen ist, weshalb die Norm diesbezüglich nicht absolut klar und unmissverständlich ist.

**5.3.5** Bei der systematischen Auslegung wird der Sinn einer Rechtsnorm bestimmt durch ihr Verhältnis zu anderen Rechtsnormen und durch den systematischen Zusammenhang, in dem sie sich in einem Gesetz präsentiert (statt vieler BGE 145 III 133 E. 6.5).

Art. 12 Abs. 1 KBFHV regelt die Anforderungen an ein Beitragsgesuch für Finanzhilfen. Die entsprechenden Vollzugsnormen erliess der Bundesrat gestützt auf Art. 9 KBFHG. Wie alle Finanzhilfen haben auch sie den besonderen Grundsätzen von Art. 7 SuG zu entsprechen (vgl. E. 2.1 hiervor). Die systematische Auslegung macht somit deutlich, dass ein konkreter Bedarf nur dann gegeben sein kann, wenn die Beitragszahlungen insbesondere auch zweckmässig und unter Berücksichtigung der finanzpolitischen Erfordernisse erfolgen (vgl. Art. 7 Bst. a und h SuG).

**5.3.6** Die historische Auslegung stellt auf den Sinn ab, den man einer Norm zur Zeit ihrer Entstehung gab. Eine Norm soll so gelten, wie sie vom Gesetzgeber vorgesehen worden war. Namentlich bei neueren Erlassen kommt den Materialien eine besondere Stellung zu (statt vieler BGE 145 III 133 E. 6.4; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 181). Eine weiterführende sachdienliche Erkenntnis lässt sich – die nachfolgenden Ausführungen zur Zweckvorstellung ausgenommen – aus der historischen Auslegung nicht ableiten.

**5.3.7** Die teleologische Auslegung stellt auf die bereits erwähnte Zweckvorstellung ab, die mit einer Rechtsnorm verbunden ist (statt vieler BGE 142 II 399 E. 3.3.4 und 3.3.5; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 179).

Der Zweck von Finanzhilfen und Abgeltungen ist in Art. 1 Abs. 1 Bst. a bis Bst. d SuG genannt: Finanzhilfen werden im gesamten Bereich des Bundes nur dann gewährt, wenn sie hinreichend begründet sind, ihren Zweck auf wirtschaftliche und wirkungsvolle Art erreichen, einheitlich und gerecht geleistet sowie nach finanzpolitischen Erfordernissen ausgestaltet werden (vgl. dazu auch die Botschaft vom 15. Dezember 1986 zu einem Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen [BBI 1987 I 369, 378 Ziff. 211]).

Aus der teleologischen Auslegung von Art. 12 Abs. 1 Bst. b KBFHV ist somit die Schlussfolgerung zu ziehen, dass ein konkreter Bedarf nur dann

gegeben ist, wenn die entsprechenden Finanzhilfen nachhaltig sind und nicht zu einer unerwünschten Umverteilung von freien Kapazitäten – dem sogenannten Substitutionseffekt – führen (vgl. dazu auch die Botschaft zum Bundesbeschluss über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung vom 10. März 2006 [BBl 2006 3367, 3378]). Diese Schlussfolgerung anerkennt im Übrigen auch die Beschwerdeführerin ausdrücklich (Beschwerde Rz. 9).

**5.3.8** Als Zwischenfazit ist deshalb festzuhalten, dass der konkrete Bedarfsnachweis nach Art. 12 Abs. 1 Bst. b KBFHV – in Übereinstimmung mit den Ausführungen der Vorinstanz – nur dann als erbracht gelten kann, wenn dadurch ein nachhaltiges Bedürfnis nach weiteren Betreuungsplätzen dokumentiert wird. Die Abgabe einer unverbindlichen Anmelde-Liste für sich alleine erfüllt diesen konkreten Nachweis jedenfalls nicht.

**5.4** Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob die mit der Erläuterung der Vorinstanz vom 7. Dezember 2018 eingeführten Kriterien, wonach die weiteren Angebote einer Trägerschaft "im gleichen Ort" ebenfalls berücksichtigt werden, geeignet sind, den konkreten Bedarfsnachweis gemäss Art. 12 Abs. 1 Bst. b KBFHV zu erbringen.

**5.4.1** Die Vorinstanz verfolgt mit ihrer Erläuterung vom 7. Dezember 2018, welche eine verbindliche Anmelde-Liste fordert und die Verhältnisse "im gleichen Ort" mitberücksichtigt, das unbestrittene Ziel der effektiven Einsetzung der verwendeten Mittel.

**5.4.2** Dabei umfasst die Eingrenzung "im gleichen Ort" dasjenige relevante Gebiet, in welchem die Elternschaft bereit ist, für einen freien Betreuungsplatz den jeweiligen Anfahrtsweg in Kauf zu nehmen (vgl. zum Ganzen: Wahl des Betreuungsarrangements, in: Familienergänzende Kinderbetreuung und Gleichstellung, Schweizer Nationalfond NFP 60, Schlussbericht vom 28. Oktober 2013, S. 59 ff. <[http://www.nfp60.ch/SiteCollectionDocuments/nfp60\\_iten\\_schlussbericht\\_d.pdf](http://www.nfp60.ch/SiteCollectionDocuments/nfp60_iten_schlussbericht_d.pdf)>, abgerufen am 6. Juli 2020; vgl. mutatis mutandis zur Abgrenzung des örtlich relevanten Marktes: JÜRGEN BORER, Wettbewerbsrecht I, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 3. Aufl. 2011, Rz. 14 zu Art. 5).

**5.4.3** Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz ohne weitere Begründung das relevante Gebiet mit den Grenzen der politischen Gemeinde der Stadt Zürich – mit knapp 90 km<sup>2</sup> Fläche und rund 400'000 Einwohnern – gleichgesetzt. Würde man dieser Abgrenzung folgen, hiesse das beispielsweise,

dass Überkapazitäten im Quartier Seebach (im Norden der Stadt) für die Bedarfsklärung von Betreuungsplätzen im Quartier Wollishofen (im Süden der Stadt) heranzuziehen wären, obwohl die entsprechenden Anfahrtswege ohne weiteres über eine Stunde pro Weg betragen. Die Beschwerdeführerin weist zu Recht darauf hin, dass das – weder im Gesetz noch in der Verordnung festgehaltene – Kriterium "im gleichen Ort " für die Stadt Zürich nicht sachgerecht angewandt worden ist.

Die Verfahrensbeteiligten verweisen beide mehrfach auf den Report Kinderbetreuung 2018 der Stadt Zürich. Die genannte Studie unterteilt das relevante Gebiet der Stadt Zürich in 8 Schulkreise bzw. 34 Quartiere und schafft damit Grundlagen, welche eine differenziertere und sachgerechte Beurteilung des Kriteriums "im gleichen Ort" zulassen (Report Kinderbetreuung 2018, a.a.O., S. 15).

**5.4.4** Weiter ist darauf hinzuweisen, dass für die Feststellung des konkreten Bedarfs an einem bestimmten Ort sämtliche Angebote an diesem Ort, auch diejenigen von Drittanbietern, in geeigneter Weise mit einzubeziehen sind. So ist es ohne weiteres vorstellbar, dass eine Trägerin in einem Quartier mit Überkapazitäten, beispielsweise aufgrund eines besonders attraktiven Standortes oder einer besonders attraktiven Räumlichkeit, eine Anmeldeliste beibringen kann, entsprechende Finanzhilfen aber zu den ungewünschten und nicht nachhaltigen Substitutionseffekten führen würden. Die Frage des Angebotes bzw. Bedarfs ist somit grundsätzlich nicht nur aus der Perspektive der einzelnen, gesuchstellenden Trägerschaft (und ihrer übrigen Angebote), sondern auch aus der Perspektive der Marktgegenseite und der ihr zur Verfügung stehenden Angebote "im gleichen Ort", inklusive der Angebote von Dritten, zu beurteilen.

Auch hierzu kann auf den Report Kinderbetreuung 2018 der Stadt Zürich verwiesen werden. Er listet für die jeweiligen Schulkreise bzw. Quartiere zusätzlich auch Versorgungsquoten auf, welche sich aus dem Verhältnis der Anzahl von Vorschulkindern und der Anzahl sämtlicher Betreuungsplätze unter Berücksichtigung der durchschnittlichen Belegung von 1.79 Kindern pro Platz, berechnen lassen. Die dadurch errechneten Versorgungsquoten ermöglichen somit Aussagen zum konkreten Bedarf an einem bestimmten Ort, welche die gesamten Angebote an diesem Ort mit einbeziehen (vgl. zum Ganzen Report Kinderbetreuung 2018, a.a.O., S. 11 Fn. 9 und S. 15).

**5.4.5** Sodann mag für eine erneute Beurteilung bzw. Ergänzung der Begründung des Gesuchs von Belang sein, dass dieselbe Studie bei einer Versorgungsquote ab 70 % von einem gedeckten Bedarf auszugehen scheint (Report Kinderbetreuung 2018, a.a.O., S. 14). Eine Unter- oder Überversorgung einzelner Quartiere lasse sich jedoch nicht direkt aus den Zahlen ableiten, weil zur Beurteilung der Versorgungslage gegebenenfalls auch benachbarte Quartiere einbezogen werden müssten. Andere Kindertagesstätten wiederum seien beispielsweise durch die zentrale Lage oder die gute Erreichbarkeit auch für Familien aus anderen Quartieren oder sogar für Pendlerinnen und Pendler aus anderen Gemeinden attraktiv (Report Kinderbetreuung 2018, a.a.O., S. 17). Für das in casu betroffene Quartier "Unterstrass" weist der Report eine Versorgungsquote von 77 % für das Jahr 2018 aus, welche sich gemäss dem zwischenzeitlich erschienenen Report 2019 weiter auf insgesamt 80 % erhöht hat. Auch die umliegenden Quartiere konnten ihre Versorgungsquoten im vergangenen Jahr mehrheitlich erhöhen (vgl. dazu "Report Kinderbetreuung, Leistungen 2019" der Stadt Zürich, S. 11; <[https://www.stadt-zuerich.ch/content/dam/stzh/sd/Deutsch/neu/%c3%9cber%20das%20Departement/Publikationen/Report%20Kinderbetreuung/STZ\\_REPORT\\_KIBE\\_2019.pdf](https://www.stadt-zuerich.ch/content/dam/stzh/sd/Deutsch/neu/%c3%9cber%20das%20Departement/Publikationen/Report%20Kinderbetreuung/STZ_REPORT_KIBE_2019.pdf)>, abgerufen am 6. Juli 2020, nachfolgend: Report Kinderbetreuung 2019).

**5.4.6** Eine sachgerechte Abgrenzung des relevanten Gebietes sowie eine Berücksichtigung grundsätzlich sämtlicher Angebote "im gleichen Ort" wird sodann auch die Gleichbehandlung sämtlicher Gesuchsteller sicherstellen bzw. eine Trägerschaft mit Überkapazitäten an einem anderen Ort auch nicht benachteiligen.

**5.4.7** Daraus ergibt sich, dass die Vorinstanz in casu keine sachgerechte Beurteilung des Gesuchs vorgenommen und damit Bundesrecht verletzt hat. Einerseits kann das gesamte Gebiet der Stadt Zürich nicht mit dem "gleichen Ort" im Sinne der Erläuterung vom 7. Dezember 2018 gleichgesetzt werden, andererseits sind "im gleichen Ort" für die Klärung des konkreten Bedarfs bzw. des Angebotes jeweils grundsätzlich auch die übrigen Angebote "im gleichen Ort" in geeigneter Weise mit zu berücksichtigen.

## **6.**

Die Beschwerde ist deshalb – in Bezug auf den Eventualantrag – teilweise gutzuheissen und die Sache ist im Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

## 7.

**7.1** Die Beschwerdeführerin gilt entsprechend dem Verfahrensausgang als obsiegende Partei, weshalb ihr keine Kosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG; vgl. MARCEL MAILLARD, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Rz. 14 zu Art. 63). Vorinstanzen haben keine Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Der geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 2'000.– ist der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten.

**7.2** Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht hat die von einer Rechtsanwältin vertretene Beschwerdeführerin als obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1, Art. 9 Abs. 1 und Art. 10 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Entschädigung wird der Körperschaft auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat, soweit sie, wie vorliegend, nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann (Art. 64 Abs. 2 VwVG). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (Art. 8 ff. VGKE). Das Anwaltshonorar wird nach dem notwendigen Zeitaufwand der Vertreterin bemessen. Der Stundenansatz beträgt für Anwälte mindestens Fr. 200.– und höchstens Fr. 400.– (Art. 10 Abs. 2 VGKE). Die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin hat vorliegend keine Kostennote eingereicht. Die ihr zuzuerkennende ungekürzte Entschädigung ist daher ermessensweise aufgrund der Akten und des gebotenen Aufwands auf Fr. 1'500.– (ohne Mehrwertsteuerzuschlag) festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 VGKE). Demnach ist der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'500.– zu Lasten der Eidgenossenschaft (Vorinstanz) zuzuerkennen. Die Vorinstanz hat ihr diesen Betrag auf ein von ihr zu bezeichnendes Konto zu überweisen. Die Vorinstanz hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG *e contrario* und Art. 7 Abs. 3 VGKE).

## 8.

Gemäss Art. 83 Bst. k des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) ist die Beschwerde an das Bundesgericht gegen Entschiede betreffend Subventionen, auf die kein Anspruch besteht, ausgeschlossen. Die vorliegend in Frage stehenden Finanzhilfen für schulergän-

zende Betreuung stellen keine Anspruchs-, sondern eine Ermessenssubvention dar, weshalb das vorliegende Urteil nicht beim Bundesgericht angefochten werden kann und somit endgültig ist.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird – in Bezug auf den Eventualantrag – teilweise gutgeheissen. Die Sache wird im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– wird der Beschwerdeführerin auf ein von ihr zu bezeichnendes Konto zurückerstattet.

**3.**

Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.– zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben;  
Beilagen: Rückerstattungsformular und Beschwerdebeilagen zurück)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 4903; Einschreiben; Vorakten zurück)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Christian Winiger

Reto Finger

Versand 18. August 2020