



Urteil vom 28. Februar 2023

Besetzung

Richter Martin Kayser (Vorsitz),
Richter Stephan Breitenmoser, Richter David Aschmann,
Gerichtsschreiber Martin Wilhelm.

Parteien

X. _____ GmbH,
vertreten durch Dr. iur. Stefan Wehrle, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Sozialversicherungen BSV,
Geschäftsfeld Familie, Generationen und Gesellschaft,
Vorinstanz.

Gegenstand

Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung.

Sachverhalt:**A.**

Mit Eingabe vom 30. April 2020 reichte die X. _____ GmbH (nachfolgend: Beschwerdeführerin) bei der Vorinstanz ein Gesuch ein um Gewährung von Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung für die neu zu eröffnende «Kindertagesstätte (...)» (...) im Quartier Am Ring in der Stadt Basel (Gesuchsnummer [...]).

B.

Mit Verfügung vom 12. November 2021 wies die Vorinstanz das Gesuch ab. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, es bestehe im Quartier Am Ring kein Bedarf an zusätzlichen Betreuungsplätzen für Kinder im Vorschulalter. Die Versorgungsquote betrage 187,75 Prozent, wobei der Bedarf ab 70 Prozent gedeckt sei (S. 2 der Verfügung).

C.

Mit Beschwerde vom 9. Dezember 2021 beantragt die Beschwerdeführerin sinngemäss eine Neubeurteilung ihres Gesuchs (S. 3 der Beschwerde). Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, die Vorinstanz habe den Bedarf an Betreuungsplätzen nicht richtig ermittelt. Unter anderem habe die Vorinstanz die Quartiergrenzlage nicht berücksichtigt und nicht auf den tatsächlichen Betreuungsumfang abgestellt, der in der Stadt Basel durchschnittlich 1,61 Kinder pro Betreuungsplatz betrage. Ausserdem habe die Vorinstanz zu Unrecht keine Stellungnahme des Kantons eingeholt (S. 1 f. der Beschwerde).

D.

Mit Vernehmlassung vom 28. Februar 2022 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Sie führt darin aus, angesichts einer Versorgungsquote im Quartier Am Ring von mehr als 100 Prozent könne auf den Einbezug der Nachbarquartiere verzichtet werden. Selbst wenn diese einbezogen würden, wäre der Bedarf mit einem Versorgungsgrad von 79,01 Prozent gedeckt. Weiter bringt die Vorinstanz vor, sich mit der Fachstelle Tagesbetreuung des Kantons Basel-Stadt schriftlich und telefonisch ausgetauscht und eine Stellungnahme des Kantons vom 14. September 2021 schriftlich beantwortet zu haben (S. 3 f. der Vernehmlassung).

E.

Mit Replik vom 12. April 2022 beantragt die inzwischen anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin in Präzisierung ihrer Rechtsbegehren, der Entscheidung der Vorinstanz sei unter Kostenfolge zu deren Lasten aufzuheben

und das Gesuch gutzuheissen, eventualiter zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (S. 5 der Replik). Firmen- sowie fremdsprachige Kindertagesstätten seien bei der Ermittlung des bestehenden Angebots nicht zu berücksichtigen. Die Beschwerdeführerin verweist zudem auf die derzeitige Auslastung der Kindertagesstätte (S. 3 f. der Beschwerde).

F.

Mit Duplik vom 24. Mai 2022 äussert sich die Vorinstanz zum Vorbringen der Beschwerdeführerin, es sei bei der Berechnung der Versorgungsquote ein Faktor von 1,61 zu verwenden. Für den von der Beschwerdeführerin behaupteten tatsächlichen Betreuungsumfang bestehe keine Datengrundlage und der verwendete Faktor von 1,67 entspreche einer grosszügigen Berechnung zu Gunsten der Institutionen und gewährleiste die Gleichbehandlung der Gesuche in der ganzen Schweiz.

G.

Die Beschwerdeführerin liess sich daraufhin nicht mehr vernehmen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

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).

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]).

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).

1.4 Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

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, BBI 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.).

2.2 Geht es hingegen um die Auslegung und Anwendung von Rechtsvorschriften oder werden Verfahrensmängel in der Vergabep Praxis 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).

3.

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe ihr Beitragsgesuch nicht der Fachstelle Tagesbetreuung des Kantons Basel zur Stellungnahme übermittelt und eine durch die Fachstelle mit einem Schreiben vom 14. September 2021 übermittelte allgemeine Stellungnahme des Kantons zur Praxis der Vorinstanz (vi-act. A 21, nachfolgend: Stellungnahme des Kantons vom 14. September 2021) in ihrem Entscheid nicht gewürdigt (S. 1 der Beschwerde und S. 1 der Replik).

3.1 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).

3.2 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 dafür lässt sich indes einer Telefonnotiz der Vorinstanz vom 9. Juli 2021 (vi-act. A 20) entnehmen. Gemäss dieser erklärten Vertreter der Vorinstanz gegenüber einer Vertreterin der Fachstelle, die Prüfung der Versorgungsquote sei der eigentlichen Gesuchsprüfung «vorgeschieben». Bei Gesuchen, die die Vorinstanz negativ beurteile, werde der Kanton nicht um eine Stellungnahme gebeten.

3.3 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.

3.4 Ob die Verletzung von Art. 13 Abs. 1 KBFHV ein wesentlicher Verfahrensmangel darstellt, der die Aufhebung des angefochtenen Entscheids zur Folge haben müsste, kann offenbleiben, da der Entscheid der Vorinstanz jedenfalls aus anderen Gründen aufzuheben ist (E. 4 ff.). Das Gleiche gilt für die Frage, ob ein solcher Verfahrensmangel gegebenenfalls geheilt wurde durch die Stellungnahme des Kantons vom 14. September 2021 und den nachfolgenden Austausch zwischen den beiden Behörden, auf den die Vorinstanz verweist (S. 3 der Vernehmlassung).

4.

In materieller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin 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.

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).

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).

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/rechtliche-grundlagen.html>>, abgerufen am 19. Januar 2023, nachfolgend: Erläuterung Änderung KBFHV), gewisse Grundsätze aufgestellt.

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 einem Bedarf nachzuweisen, kann das Gesuch abgewiesen werden.

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).

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 des BVGer B-4828/2021 vom 13. September 2022 E. 7.2).

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).

4.8 In jedem Fall bleibt aber die Prüfung eines Beitragsgesuchs 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).

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.

5.

Im Rahmen ihres Gesuchs konnte die Beschwerdeführerin den Bedarf an neuen Betreuungsplätzen nicht mit verbindlichen Anmeldelisten belegen. Sie brachte einzig einen Betreuungsvertrag für ein Kind bei (vi-act. A 6). Im Beschwerdeverfahren macht sie hingegen geltend, der Bedarf sei durch die Auslastung der Kindertagesstätte von rund 74 Prozent in der Kalenderwoche 32 (8. bis 12. August 2022) ausgewiesen (S. 4 der Replik).

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).

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).

5.3 Die Beschwerdeführerin hat mit ihrer Replik vom 12. April 2022 einerseits eine Tabelle mit dem Belegungsstand per 31. März 2022 eingereicht (Beilage 4 zur Replik). Daraus geht eine Auslastung von 59,9 Prozent hervor. Andererseits hat sie eine Grafik mit einer Auslastungskurve eingereicht, die für die Kalenderwoche 32 (8. bis 12. August 2022) eine Auslastung von 73,9 Prozent ausweist (Beilage 5 zur Replik). Ob diese Prognose auf verbindlichen Anmeldungen beruht, geht allerdings weder aus dem Dokument noch aus den Ausführungen der Beschwerdeführerin hervor. Der

konkrete Bedarf an neuen Betreuungsplätzen ist somit nicht hinreichend klar nachgewiesen.

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. Als Gesuchstellerin hätte sie zwar die erforderlichen Belege grundsätzlich von sich aus einreichen müssen. Angesichts ihrer Aufklärungspflicht hätte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin jedoch darauf aufmerksam machen müssen, dass die eingereichten Belege noch nicht ausreichen. Wie aus den Akten der Vorinstanz hervorgeht, verzichtete sie darauf jedoch. Sie teilte vielmehr der Beschwerdeführerin kurz nach Einreichung des Gesuchs mit, das Gesuch aufgrund einer bereits hohen Versorgungsquote im Quartier Am Ring abzulehnen (vgl. Telefonnotiz der Vorinstanz vom 18. Mai 2021, vi-act B).

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.

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.

6.1 Die Beschwerdeführerin rügt, die Quartiergrenzlage ihrer Kindertagesstätte sei nicht berücksichtigt worden (S. 1 der Beschwerde; S. 2 f. der Replik). Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, angesichts einer Versorgungsquote von 187,75 Prozent könne auf einen Einbezug der Nachbarquartiere verzichtet werden (S. 2 der Verfügung; S. 3 der Vernehmlassung).

6.2 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.

6.3 Die Kindertagesstätte der Beschwerdeführerin liegt rund 150 Meter vom Nachbarquartier Iselin sowie rund 500 Meter vom Nachbarquartier Gotthelf entfernt (vgl. <<https://maps.google.com>>, abgerufen am 19. Januar 2023). Bereits eine solche Quartiergrenzlage spricht dafür, dass sich das massgebliche Gebiet auch auf die Nachbarquartiere erstreckt (vgl. auch Urteil des BVGer B-4320/2021 vom 18. Februar 2022 E. 5.4.2). Gemäss einer mit der Beschwerde vom 1. Dezember 2021 eingereichten Karte, auf der die Wohnorte der betreuten Kinder eingezeichnet sind (nicht nummerierte Beilage zur Beschwerde), stammen sodann 12 von 23 damals betreuten Kindern aus dem Nachbarquartier Iselin, weitere 6 aus dem Nachbarquartier Gotthelf und nur 5 aus dem Standortquartier am Ring. Aus der Herkunft der betreuten Kinder lässt sich somit ableiten, dass Eltern aus den Quartieren Iselin und Gotthelf 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.

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 neuer 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).

7.1 Die Vorinstanz stellt zur Berücksichtigung der Drittangebote im gleichen Ort 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_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 Am Ring in Basel hat die Vorinstanz ihrer Berechnung 579 im Quartier bestehende Betreuungsplätze (Stand 31. Oktober 2020) und 515 im Quartier wohnhafte Kinder im Alter von 0 bis 4 Jahren (Stand 31. Dezember 2020) zugrunde gelegt, wobei die entsprechenden Zahlen einer Aufstellung der Fachstelle Planungsgrundlagen des Erziehungsdepartements zu entnehmen sind (vi-act. A 22) und sich daraus eine Versorgungsquote von 187,75 Prozent ergibt (vgl. S. 2 der Verfügung).

7.2 Im Hinblick auf die Beurteilung von Angebot und Nachfrage im massgeblichen Gebiet macht die Beschwerdeführerin zunächst geltend, bei der Berechnung der Versorgungsquote seien im massgeblichen Gebiet befindliche Angebote nicht zu berücksichtigen, die der ansässigen Bevölkerung gar nicht offenstünden, was bei Firmen-Kindertagesstätten und bei fremdsprachigen Kindertagesstätten der Fall sei (S. 3 der Replik). Ebenso wenig seien nicht subventionierte Betreuungsplätze bei der Bestimmung des Angebots im massgeblichen Gebiet zu berücksichtigen (S. 4 der Replik).

Wie die Vorinstanz zu Recht vorbringt, unterscheiden das KBFHG und die KBFHV nicht zwischen verschiedenen Arten von Kindertagesstätten (S. 3 der Vernehmlassung). Zutreffend ist auch, 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). Dass gewisse Kindertagesstätten aufgrund ihrer besonderen Ausrichtung über ein weit über die Quartier- und auch die Stadt- sowie die Kantonsgrenze hinausreichendes Einzugsgebiet verfügen und deshalb höchstens für einen geringfügigen Teil der Bevölkerung im massgeblichen Gebiet zur Verfügung stehen, erscheint zwar grundsätzlich möglich. Aus den Eingaben der Beschwerdeführerin sowie den Akten der Vorinstanz geht aber nicht hervor, inwiefern dies vorliegend der Fall wäre. Der Einwand erweist sich damit nicht als stichhaltig.

7.3 Weiter rügt die Beschwerdeführerin, 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. 2 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 22). 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).

7.3.1 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).

7.3.2 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 Ordnungsbestimmungen 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).

7.3.3 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.

7.3.4 Angesichts der Zulässigkeit gewisser Schematisierungen im Rahmen einer Behördenpraxis (E. 7.3.2) 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 werden 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.

7.3.5 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.

7.4 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. 3 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 postulierte 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.

7.5 Weiter verweist die Beschwerdeführerin auf die besondere Qualität ihres Angebots (Rz. 4 der Replik). 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.

7.6 Hingegen bringt die Beschwerdeführerin zu Recht vor, dass ihre Kindertagesstätte überwiegend der Versorgung zweier benachbarter Quartiere dient. So stammen fast 80 Prozent der betreuten Kinder aus den benachbarten Quartiere Iselin und Gotthelf (vgl. E. 6.3), die über geringe Versorgungsquoten von 27,6 Prozent (Iselin) und 30,0 Prozent (Gotthelf) verfügen (vgl. vi-act. A 22). Das Quartier Iselin zählt gar zu den am schlechtesten versorgten Quartieren der Stadt Basel (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). Aus den von der Beschwerdeführerin eingereichten Schreiben (nicht nummerierte Beilagen zur Beschwerde) geht zudem hervor, dass diese in vielen Fällen keinen anderen Betreuungsplatz finden konnten. 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.

8.

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. 5'000.– ist ihr zurückzuerstatten. Vorinstanzen haben keine Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

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) und in Anbetracht des Umstands, dass die Beschwerdeführerin erst ab dem zweiten Schriftenwechsel anwaltlich vertreten wurde, ist ihr für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.– zuzusprechen.

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.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen und der angefochtene Entscheid aufgehoben. Die Sache wird zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.– wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

3.

Die Vorinstanz wird angewiesen, der Beschwerdeführerin für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'000.– auszurichten.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Martin Kayser

Martin Wilhelm

Versand: 8. März 2023

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben; Beilagen: Rückerstattungsformular, Beschwerdebeilagen zurück);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Einschreiben; Beilagen: Vorakten zurück).