



---

Abteilung II  
B-5387/2015

## **Urteil vom 31. Januar 2017**

---

Besetzung

Richter David Aschmann (Vorsitz),  
Richter Ronald Flury, Richter Pietro Angeli-Busi;  
Gerichtsschreiberin Karin Behnke.

---

Parteien

**X.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Markus Krapf  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Bundesamt für Sozialversicherungen BSV,**  
Effingerstrasse 20, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung.

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

**A.a** Am 14. März 2014 ersuchte die Beschwerdeführerin die Vorinstanz um Finanzhilfe zur Gründung der "Kindertagesstätte Kinderbetreuung" in A.\_\_\_\_\_ (Gesuchsnummer 3505). Nach einem Umzug der Tagesstätte in A.\_\_\_\_\_ erneuerte sie das Gesuch (Gesuchsnummer 3888).

**A.b** Am 17. Juli 2014 schrieb die Vorinstanz das erste Gesuch ab, weil die Beschwerdeführerin nicht fristgerecht an ihm festgehalten habe. Dies hob das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 24. Juni 2015 auf und wies die Sache zu materieller Prüfung und Erlass einer neuen Verfügung an die Vorinstanz zurück (Verfahren Nr. B-4335/2014).

**A.c** Mit Verfügung vom 11. August 2015 lehnte die Vorinstanz das erste Gesuch erneut ab. Sie nahm an, die Kindertagesstätte habe nur wenige Monate bestanden und sei Ende März 2015 mit einer vorbestehenden Kindertagesstätte der Beschwerdeführerin in B.\_\_\_\_\_ zusammengelegt worden.

**A.d** Mit Beschwerde vom 31. August 2015 an das Bundesverwaltungsgericht wandte die Beschwerdeführerin ein, sie habe die Kindertagesstätten in B.\_\_\_\_\_ nur vorübergehend zusammengelegt. Die zweite sei inzwischen an den neuen Standort in A.\_\_\_\_\_ gezogen. Im Einverständnis beider Seiten wurde das Beschwerdeverfahren sistiert.

**B.**

Am 27. April 2016 hob die Vorinstanz ihre zweite Verfügung auf und prüfte das Gesuch materiell, wobei sie die Betreuungsplätze in B.\_\_\_\_\_ und A.\_\_\_\_\_ wegen der Nähe beider Standorte zusammenrechnete. Sie erwog, der Standort B.\_\_\_\_\_ umfasse nach seiner Betriebsbewilligung 22 ungewichtete Plätze, wovon 11,5 belegt seien. Er werde durch 11,3 Belegungen am Standort A.\_\_\_\_\_ ergänzt. Auch unter Berücksichtigung hängiger Anmeldungen resultiere damit höchstens ein Bedarf von fünf zusätzlichen Betreuungsplätzen. Ohne Bedarfsnachweis von mindestens zehn Plätzen seien die Voraussetzungen für die Finanzhilfe für familienergänzende Kinderbetreuung nicht erfüllt. Erneut lehnte sie das Gesuch deshalb ab (Gesuchsnummer 3505). Auch dem zweiten Gesuch (Gesuchsnummer 3888) gab sie keine Folge, da die Stätte am neuen Standort nicht neu eröffnet worden sei.

**C.**

Mit Eingabe vom 13. Juni 2016 hielt die nunmehr anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin mit folgenden Anträgen an ihrer Beschwerde fest:

1. Die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, der Beschwerdeführerin für die Kindertagesstätte, A.\_\_\_\_\_, die gesetzlichen Finanzhilfen zu gewähren.
2. Eventualiter sei zur Prüfung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen und zu neuer Entscheidung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

Sie machte geltend, die Tagesstätten B.\_\_\_\_\_ und A.\_\_\_\_\_ hätten verschiedene Einzugsgebiete und arbeiteten mit unterschiedlichen Gemeindebehörden zusammen. Sie seien darum getrennt zu prüfen. Die Belegung in B.\_\_\_\_\_ habe 2016 stark zugelegt, weshalb die Beschwerde selbst nach der Zählweise der Vorinstanz gutzuheissen wäre.

**D.**

Mit Vernehmlassung vom 20. September 2016 hielt die Vorinstanz an ihrer Beurteilung fest. Bräuchte man Kinder nur an einen nahegelegenen, neuen Standort zu verlegen, um Finanzhilfen zu erhalten, während der alte Standort unausgelastet bleibe, wären die Hilfen ungerechtfertigt, argumentierte sie. Die Beschwerdeführerin irre sich zudem über die Auslastung ihres Standorts in B.\_\_\_\_\_, denn sie stütze sich zum Teil auf fehlerhafte Angaben und müsse im Sommer mit Wegzügen rechnen.

**E.**

Auf weitere Vorbringen und die eingereichten Akten ist, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

Die Vorinstanz hat die angefochtene Verfügung vom 11. August 2015 wiedererwogen und durch die Verfügung vom 27. April 2016 ersetzt, welche einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf familienergänzende Kinderbetreuung gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. b des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG, SR 172.021) im Sinne einer Anordnung verneint. Ein Rechtsgebiet nach Art. 32 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) ist nicht angesprochen. Die Vorinstanz ist eine Bundesbehörde

nach Art. 33 Bst. d VGG. Das Bundesverwaltungsgericht ist damit zur Beurteilung dieser Beschwerdesache zuständig (Art. 31 VGG).

Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch die Verfügung besonders berührt und hat an ihrer Aufhebung oder Änderung ein schutzwürdiges Interesse (Art. 48 Abs. 1 Bst. a-c VwVG). Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht erhoben, der Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet (Art. 50, 52 und 63 Abs. 4 VwVG).

Auf die Beschwerde ist darum einzutreten.

## **2.**

**2.1** Das Bundesgesetz vom 4. Oktober 2002 über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung (SR 861, im Folgenden: "KBFHG") besagt:

### **Art. 1**

<sup>1</sup>Der Bund richtet im Rahmen der bewilligten Kredite Finanzhilfen zur Schaffung von familienergänzenden Betreuungsplätzen für Kinder aus, damit die Eltern Familie und Arbeit oder Ausbildung besser vereinbaren können.

<sup>2</sup>[...]

### **Art. 2**

<sup>1</sup>Die Finanzhilfen können ausgerichtet werden an:

a. Kindertagesstätten;  
[...]

<sup>2</sup>Die Finanzhilfen werden in erster Linie für neue Institutionen gewährt. Sie können auch für bestehende Institutionen gewährt werden, die ihr Angebot wesentlich erhöhen.

Die Verordnung des Bundesrats vom 9. Dezember 2002 über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung (SR 861.1, im Folgenden: "KBFHV") führt hierzu näher aus:

### **Art. 2**

<sup>1</sup>Als Kindertagesstätten gelten Institutionen, die Kinder im Vorschulalter betreuen.

<sup>2</sup>Finanzhilfen können Kindertagesstätten erhalten, die:

- a. über mindestens 10 Plätze verfügen; und
- b. während mindestens 25 Stunden pro Woche und 45 Wochen pro Jahr geöffnet sind.

<sup>3</sup>Als wesentliche Erhöhung des Angebots gilt:

- a. eine Erhöhung der Anzahl Plätze um einen Drittel, mindestens aber um 10 Plätze; oder
- b. [...].

<sup>4</sup>Wird eine bestehende Kindertagesstätte unter neuer Trägerschaft weitergeführt oder neu eröffnet, so gilt sie nicht als neue Institution.

**2.2** Mit der Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht kann sowohl die Verletzung von Bundesrecht wie auch eine unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder die Unangemessenheit der angefochtenen Verfügung gerügt werden (Art. 49 VwVG). Die angefochtene Verfügung ist darum mit voller Kognition zu prüfen. Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt sich jedoch insoweit Zurückhaltung, als schon das Gesetz dem Bundesrat als Verordnungsgeber sowie der Vorinstanz als sachverständiger 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 einräumt (vgl. Art. 7 und 9 KBFHG; BGE 104 Ib 412, 425 E. 6b; BENJAMIN SCHINDLER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2008, Rz. 10 zu Art. 49 VwVG).

Das Ermessen der Vorinstanz bei der Ausrichtung von Finanzhilfen für die familienergänzende Kinderbetreuung kommt unter anderem in der "Kann"-Formulierung von Art. 2 Abs. 1 KBFHG zum Ausdruck ("Finanzhilfen können ausgerichtet werden..."). Das Bundesrecht regelt auch die übrigen Subventionsvoraussetzungen nicht detailliert genug, dass über eine Subventionsgewährung abschliessend entschieden werden könnte und verleiht darum auch keinen Anspruch auf sie. Es handelt sich folglich um eine "Ermessenssubvention" (BGE 116 Ib 309, 312 E. 1b, Urteil des BGer 2C\_614/2015 vom 20. Juli 2015, E. 2.2; LIVIO BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit von Subventionen in der Schweiz und von Beihilfen in der EU, Zürich 2016, S. 51 f.).

### 3.

**3.1** Die Beschwerdeführerin macht in rechtlicher Hinsicht geltend, die Vorinstanz habe die Voraussetzungen der Finanzhilfe zu Unrecht pro Trägerschaft anstatt pro Tagesstätte berechnet und hätte die Belegungsplätze ihrer Kindertagesstätten nicht kumulieren dürfen. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 KBFHV wie aus dem Standortunterschied der Tagesstätten in verschiedenen Gemeinden und in Zusammenarbeit mit unterschiedlichen Gemeindebehörden. Den Ausführungen der Vorinstanz, die Belegung der Tagesstätte sei nach der täglichen Kinderzahl ohne Zuschlag für Kleinkinder (ohne "Gewichtung") zu bemessen, widerspricht die Beschwerdeführerin hingegen nicht. In tatsächlicher Hinsicht fügt sie hinzu, die Belegung ihrer Tagesstätte in B.\_\_\_\_\_ sei im Jahr 2016, im Unterschied zu 2015, hoch genug gewesen, damit selbst unter der kumulierten Rechnungsweise der Vorinstanz ein Anspruch auf Finanzhilfe bestehe.

**3.2** Die Vorinstanz begründet die Ablehnung des Gesuchs mit dem fehlenden Bedarf nach neuen Betreuungsplätzen am gewählten Standort. Sie hält der Beschwerdeführerin insbesondere entgegen, Bundesfinanzhilfen sollten neue Plätze schaffen und dem Aufbau der nötigen Infrastruktur dienen. Würde die Belegung nah beieinander liegender Tagesstätten nicht zusammengezählt, könnten Kinder an einen nahen, neuen Standort verschoben werden, um einen Scheinbedarf und ungerechtfertigte Finanzhilfen zu begründen, obwohl der frühere Standort dann unterbelegt wäre. Die neu vorgebrachten Belegungszahlen der Beschwerdeführerin seien überdies unklar. Es würden Kinder genannt, die auf den entsprechenden Zeitpunkt nicht einträten oder bereits ausgetreten seien, nicht den aktuellen Betriebsbewilligungen entsprächen oder welchen mehr als ein Belegungsplatz pro Tag zugerechnet werde.

### 4.

**4.1** Die Regeln des KBFHG und der KBFHV setzen den Bedarfsnachweis von Betreuungsplätzen als Bedingung für Finanzhilfen zwar nicht ausdrücklich, wohl aber sinngemäss voraus, bevor solche geschaffen werden. Der Bedarfsnachweis wird in ständiger Rechtsprechung aus der Zweckbestimmung von Art. 1 KBFHG und dem Wunsch nach Effizienz der Finanzhilfen abgeleitet (vgl. Urteile des BVGer Nr. B-8232/2015 vom 19. August 2016, E. 5.2; B-2376/2014 vom 16. Juni 2014, E. 5 und C-2554/2010 vom 18. April 2012 E. 3.4.1; vgl. auch Art. 3 Abs. 1 Bst. b KBFHG) und wurde von der Beschwerdeführerin vorliegend auch nicht infrage gestellt. Das

Bundesverwaltungsgericht hat allerdings auch darauf hingewiesen, dass die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrats sich im Bericht zur Parlamentarischen Initiative zur Anstossfinanzierung für familienergänzende Betreuungsplätze vom 22. Februar 2002 (BBI 2002 4219 ff.) gegen zu restriktive Voraussetzungen, z.B. eine Bedingung fester Geldzusagen durch Gemeinden, aussprach, da es Einrichtungen nach der Startphase erheblich leichter falle, Unterstützung zu finden (Urteil des BVGer C-5399/2010 vom 18. Mai 2012, E. 5.3; BBI 2002, 4232).

**4.2** Vorliegend hat die Vorinstanz als Bedarfsnachweis zurecht weder eine langfristig ungestillte Nachfrage noch einen gemeindeweiten Unterbestand an Betreuungsplätzen in A. \_\_\_\_\_ vorausgesetzt, sondern bloss die materielle Prüfung der Tagesstätte punktuell auf die schon bestehende Einrichtung der Beschwerdeführerin an der C. \_\_\_\_\_ strasse in B. \_\_\_\_\_ ausgedehnt, die rund 1 km von der neuen Einrichtung an der D. \_\_\_\_\_ strasse entfernt und über eine direkte Fahrstrasse mit jener verbunden ist (<https://map.search.ch/>, besucht am 23. Januar 2017). Es blieb der Beschwerdeführerin dadurch unbenommen, durch attraktivere und preisgünstigere Leistungen Kinder anderer Tagesstätten anzuwerben und durch Qualität und Nützlichkeit einen relativen Bedarf zu offenbaren, ohne sich mit der Belegung anderer Tagesstätten der Umgebung vergleichen lassen zu müssen. Wie die temporäre Verlegung der Tagesstätte von der E. \_\_\_\_\_ strasse (A. \_\_\_\_\_) an die C. \_\_\_\_\_ strasse (B. \_\_\_\_\_) und weiter an die D. \_\_\_\_\_ strasse (A. \_\_\_\_\_) gezeigt hat, nehmen Eltern einen Ortswechsel über eine derart geringe Distanz problemlos ohne Wechsel der Tagesstätte in Kauf. Zurecht hat die Vorinstanz den Bedarfsnachweis am neuen Ort deshalb der Voraussetzung einer hinreichenden Auslastung am bisherigen Standort der Beschwerdeführerin unterstellt.

Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, verfängt nicht. Wie ausgeführt ist der Bedarfsnachweis durch Effizienz der Tagesstätten (vgl. vorne, E. 4.1) und deshalb nicht mit der formalistischen Unterscheidung von Tagesstätte und Trägerschaft zu führen, auf die die Beschwerdeführerin sich beruft. Mit dem Hinweis auf unterschiedliche Gemeindebehörden, mit welchen jede Tagesstätte zusammenarbeite, und verschiedene Einzugsgebiete derselben macht die Beschwerdeführerin ausserdem zurecht nicht geltend, Kinder aus dem jeweils anderen Dorf dürften in ihren Stätten nicht angenommen und gehütet werden. Auch die Gemeindegrenze hat darum auf den Bedarfsnachweis keinen Einfluss.

**4.3** Im Ergebnis hat die Vorinstanz die neue Tagesstätte damit zwar nach den Regeln über die Erhöhung bisheriger Institutionen und nicht als unabhängige, neue Institution beurteilt, aber keine strengeren Regeln auf sie angewendet (vgl. Art. 2 Abs. 2 KBFHG), sondern eine Umgehung des Bedarfsnachweises durch fortgesetzte Neueröffnungen vermieden, wie sie in der Tat dem Sinn dieser Norm widerspräche. Nach der Rechtsprechung hängt es von den tatsächlichen Belegungszahlen und nicht von neu geschaffenen Plätzen ab, ob die Erhöhung eine wesentliche ist (vgl. Art. 2 Abs. 2 Bst. a und Abs. 3 Bst. a KBFHV; Urteile des BVGer B-8232/2015 vom 19. August 2016, E. 5.2; B-2736/2014 vom 16. Juni 2015, E. 5; B-6813/2013 vom 2. Juni 2015, E. 4). Zurecht hat die Vorinstanz darum auf die aktuelle Belegung beider Kindertagesstätten im Zeitpunkt ihrer Verfügung abgestellt. Ihre Bemessungsgrundlage ist nicht zu beanstanden.

## **5.**

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, seit Erlass der angefochtenen Verfügung habe ihre Belegung am Standort B.\_\_\_\_\_ sich wesentlich verbessert. Eine solche Aktualisierung des Sachverhalts ist als echtes Novum zu berücksichtigen (Urteil des BVGer B-1582/ 2009 vom 16. April 2009, E. 2.1; vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. Basel 2013, Rz. 2.204). Die erforderlichen Belege sind von der Beschwerdeführerin beizubringen (Art. 13 VwVG). Wie allerdings die Vorinstanz überzeugend darlegt, rechnet die Beschwerdeführerin auf ihren Betreuungslisten von 2016 mit sogenannt gewichteten Angaben, nämlich einem Wert von 1,5 pro Kleinkind. Dies entspricht zwar ansatzweise dem kantonalen Recht, gilt aber nicht für das Bundesrecht ("Vorschulindex", vgl. [www.kinderbetreuung.zh.ch](http://www.kinderbetreuung.zh.ch), besucht am 23. Januar 2017; Urteile des BVGer C-2554/2010 vom 18. April 2012, C-3770/2007 vom 13. Januar 2008, E. 6.2). Auch werden schulpflichtige Kinder mitgezählt, die nicht unter Finanzhilfen für Kindertagesstätten fallen (vgl. Art. 2 Abs. 1 KBFHV: "Vorschulalter"). Da schon die von der Beschwerdeführerin für September 2016 behauptete Auslastung beider Stätten durchschnittlich nur 31,7 Kindern pro Tag entspricht, was dadurch noch entsprechend nach unten korrigiert werden muss, bleibt das Ergebnis, wie die Vorinstanz richtig feststellt, klar hinter der erforderlichen Zahl von  $22 + 10 = 32$  Plätzen zurück (Art. 2 Abs. 3 Bst. a KBFHV). Indem der Nachweis der Auslastung der Beschwerdeführerin am Standort B.\_\_\_\_\_ misslingt, sind für beide Gesuche die Voraussetzungen für Finanzhilfen nicht erfüllt.

Die Beschwerde ist darum abzuweisen.

**6.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Verfahrenskosten von Fr. 1'500.– der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und dem einbezahlten Kostenvorschuss in gleicher Höhe zu entnehmen. Es ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 3 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

**7.**

Gegen Entscheide über Subventionen, auf die kein Anspruch besteht (vgl. E. 2.2 hiervor), ist eine Beschwerde an das Bundesgericht nicht möglich (Art. 83 Bst. k des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Das Urteil ist darum endgültig.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'500.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt und dem Kostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

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

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

David Aschmann

Karin Behnke

Versand: 1. Februar 2017