



---

Abteilung II  
B-4279/2020

## **Urteil vom 19. Januar 2022**

---

Besetzung

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

---

Parteien

**X. \_\_\_\_\_ GmbH,**  
vertreten durch Dr. iur. Markus Krapf,  
Sintzel Krapf Lang Rechtsanwälte,  
Stampfenbachstrasse 42, Postfach 2122, 8021 Zürich 1,  
Beschwerdeführerin,

gegen

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

---

Gegenstand

Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung.

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

Beim X. \_\_\_\_\_ GmbH (nachfolgend Beschwerdeführerin) handelt es sich um eine Trägerschaft, welche im Raum Bonstetten/Wettswil (ZH) bereits zwei Kindertagesstätten führt und mit dem "Kinderzentrum Y. \_\_\_\_\_" am 5. August 2019 eine weitere Kindertagesstätte eröffnet hat.

**B.**

Mit Eingabe vom 10. April 2019 reichte die Beschwerdeführerin beim Bundesamt für Sozialversicherung BSV (nachfolgend: Vorinstanz) ein Gesuch um Gewährung von Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung für die Kindertagesstätte "Kinderzentrum Y. \_\_\_\_\_" [...] ein.

**C.**

Mit Verfügung vom 27. Juli 2020 wies die Vorinstanz das Gesuch ab. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, nur Betreuungsplätze fördern zu können, für die nachhaltig ein Bedarf bestehe. Aus einem Schreiben der Beschwerdeführerin vom 22. November 2019 gehe hervor, dass insgesamt acht Kinder von einem bestehenden an den neuen Standort umplatziert worden seien. Deshalb müssten auch die Belegzahlen der beiden anderen, von der Beschwerdeführerin im Raum Bonstetten/Wettswil betriebenen Kindertagesstätten für die Frage des nachhaltigen Bedarfs beigezogen werden. Aus diesen Angaben gehe jedoch hervor, dass die neue Kindertagesstätte bereits recht gut belegt sei, an den bisherigen Standorten aber etliche leere Plätze vorhanden seien, weshalb insgesamt kein Bedarf für die Schaffung zusätzlicher Plätze ausgewiesen sei (Verfügung S. 2).

**D.**

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 27. August 2020 Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht mit nachfolgenden Rechtsbegehren:

- "1. Die Verfügung des Bundesamtes für Sozialversicherung vom 27. Juli 2020 sei aufzuheben, und es seien der Beschwerdeführerin die gesetzlichen Finanzhilfen gemäss Bundesgesetz über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung auszurichten.
2. Eventualiter sei das Gesuch zur Neubeurteilung an den Beschwerdegegner zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten des Beschwerdegegners."

Die Beschwerdeführerin begründete ihre Anträge im Wesentlichen damit, die von der Vorinstanz angewendete Berechnung stehe nicht in Einklang mit den kantonalen Belegungsvorschriften. Diese sähen vor, dass Kinder unter 18 Monaten 1.5 Plätze beanspruchen würden. Nach dieser Berechnungsart sei das neue Angebot weitgehend ausgelastet. Sodann dürfe der Umstand, dass die Kindertagesstätten am Freitag unterdurchschnittlich belegt seien, was mit den Arbeitsgewohnheiten der Eltern zu tun habe, nicht zur systematischen Ablehnung von Subventionsgesuchen führen. Im Dezember 2019 sei das zusätzliche Angebot jedenfalls an drei von fünf Tagen ausgelastet gewesen, weshalb der Nachweis für weitere Betreuungsplätze erbracht sei (Beschwerde Rz. 12 f. und 23 f.). Hinsichtlich des genauen Eröffnungsdatums sei zu erwähnen, dass die Eröffnung ab dem 1. Juli 2019 geplant gewesen sei, die feuerpolizeiliche Abnahme jedoch erst am 5. August 2019 stattgefunden habe, weshalb auf dieses Datum abzustellen sei.

#### **E.**

In ihrer Vernehmlassung vom 5. Oktober 2020 ersuchte die Vorinstanz um Abweisung der Beschwerde. Sie begründete ihren Antrag unter anderem damit, dass das KBFHG keine Gewichtung der Plätze nach Alter der Kinder vorsehe. Auch aus den im Rahmen der Beschwerde eingereichten aktuellen Zahlen sei ein Bedarf für die Schaffung von mindestens zehn neuen Betreuungsplätzen nicht ausgewiesen. Die Frage, ob es sich beim neuen Standort überhaupt um die Eröffnung einer neuen und unabhängigen Kindertagesstätte oder nicht eher um die Erhöhung eines bestehenden Angebots handle, könne deshalb offenbleiben.

#### **F.**

Mit unaufgeforderter Eingabe vom 15. Oktober 2020 stellte sich die Beschwerdeführerin zusätzlich auf den Standpunkt, es sei richtig, dass das Bundesverwaltungsgericht in der Begründung mehrerer Urteile ausgeführt habe, das Bundesrecht sehe eine Gewichtung der Betreuungsplätze nicht vor. Diese Argumentation überzeuge jedoch nicht und bedürfe einer vertieften Überprüfung. Dabei sei insbesondere darauf hinzuweisen, dass diese Praxis auch deshalb inkonsequent sei, weil bei der bundesverwaltungsgerichtlichen Prüfung, ob das Angebot wesentlich erhöht werde, von der kantonalen Bewilligung ausgegangen und damit sehr wohl das kantonale Recht berücksichtigt werde.

#### **G.**

Mit Stellungnahme vom 24. November 2020 verwies die Vorinstanz erneut

darauf, dass das KBFHG keine Gewichtung nach Alter oder Betreuungsbedarf der Kinder vorsehe, weshalb die Anzahl ungewichteter Plätze massgebend sei. Im Übrigen sehe die kantonale Regelung nicht nur eine Gewichtung für Babies (1.5) sondern auch für Kindern im Kindergartenalter (0.5) vor. Da die Beschwerdeführerin sowohl Babies als auch Kinder im Kindergartenalter betreue, würden sich die Gewichtungen gegenseitig aufheben. Die Beschwerdeführerin selbst habe in ihrem Antrag vom 5. November 2019 an das kantonale Amt für Jugend- und Berufsberatung AJB für den Standort in Bonstetten eine Verlängerung der Bewilligung für zwei Gruppen mit je elf Kinder von drei Monaten bis zum Austritt aus dem Kindergarten beantragt. Ein nachhaltiger Bedarf sei weiterhin nicht ausgewiesen, weshalb die Beschwerde abzuweisen sei.

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 27. Juli 2020 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-171/2020 vom 5. August 2020 E. 2.1, B-5932/2018 vom 18. März 2019 E. 2.1; B-3819/2017 vom 3. Mai 2018 E. 2.1).

**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 Verordnungsgeber 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 Entscheidungen 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-171/2020 vom 5. August 2020 E. 2.3; B-5932/2018 vom 18. März 2019 E. 2.3; B-1311/2017 vom 11. Juli 2018 E. 2.2, 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-171/2020 vom 5. August 2020 2.4; 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.**

In zeitlicher Hinsicht werden Gesuche um Finanzhilfen gemäss Art. 36 SuG nach dem im 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 stellte das Gesuch am 10. April 2019, weshalb die seit 1. Februar 2019 geltenden Bestimmungen des KBFHG und der dazugehörigen Verordnung über die Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung vom 25. April 2018 (KBFHV, SR 861.1) 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. Sie können auch für bestehende Institutionen gewährt werden, die ihr Angebot wesentlich erhöhen (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 Voranschlag, 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-171/2020 vom 5. August 2020 E. 4.3; B-5932/2018 vom 18. März 2019 E. 4.3; B-3091/2016 vom 8. Februar 2018 E. 2). 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, 8. Aufl. 2020, Rz. 409 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 26 Rz. 11, je m.w.H.).

## 5.

**5.1** Die Beschwerdeführerin rügt, der Bedarf nach zusätzlichen Betreuungsplätzen für Vorschulkinder sei ausgewiesen, weswegen die Vorinstanz ihr Gesuch um Gewährung von Finanzhilfen zu Unrecht abgewiesen habe.

Die Vorinstanz gehe bei der Berechnung der bestehenden Plätze davon aus, dass pro Kind ein Platz beansprucht werde. Diese Rechnung sei jedoch falsch und stehe nicht im Einklang mit den kantonalen Belegungsvorschriften, welche für Kinder unter 18 Monaten (Babies) 1.5 Plätze vorsehen würden. Werde die Belegung nach dieser Formel gerechnet, ergebe sich beispielsweise für die Monate November und Dezember 2019 eine Belegung von über 40 Plätzen (Beschwerde vom 27. August 2020 Rz. 15 f.).

Die Höhe des bisherigen Angebots bemesse sich nach der kantonalen Bewilligung von 34 Plätzen. Diese 34 Plätze würden aber nicht 34 Kindern entsprechen. So habe die Beschwerdeführerin beispielsweise in den Monaten Mai und Juni 2019 jeweils montags 8 Babies und 22 Vorschulkinder betreut und sei damit – nach den kantonalen Vorgaben, welche für Babies eine Gewichtung von 1.5 vorsehen würden – ausgelastet gewesen. Nach Bundesrecht habe sie aber für diese Monate nur eine Auslastung von 30 statt den möglichen 34 Plätzen ausgewiesen, obwohl klar sei, dass die Beschwerdeführerin keine weiteren Kinder hätte aufnehmen dürfen. Deshalb müssten sowohl bei der Frage nach der Nutzung des bisherigen Angebots wie auch bei der Frage nach der Nutzung des neuen Angebots die kantonalen Regeln mitberücksichtigt werden (unaufgeforderte Eingabe vom 15. Oktober 2020 Rz. 9 f. und 17 f.).

Soweit die Vorinstanz zusätzlich darauf verweise, dass nicht von einzelnen Spitzen auszugehen sei, sondern auf Durchschnittszahlen abgestellt werden müsse, sei darauf hinzuweisen, dass die angebotenen Plätze jeden Tag praktisch ausgebucht seien. Einzig die Freitage seien weniger ausgelastet, wobei es sich hierbei aber um ein branchenspezifisches Problem handle (unaufgeforderte Eingabe vom 15. Oktober 2020 Rz. 22).

**5.2** Die Vorinstanz hält dem entgegen, ein nachhaltiger Bedarf sei nicht erkennbar. Die Beschwerdeführerin betreibe im Raum Bonstetten/Wettswil bereits zwei Kindertagesstätten mit insgesamt 34 Betreuungsplätzen. Im Januar 2020 habe die Belegung über alle drei Standorte durchschnittlich nur 26.5 Plätze betragen. Somit seien vom bisherigen Angebot von 34 insgesamt 7.5 Plätze ungenutzt geblieben (angefochtene Verfügung vom 27. Juli 2021 S. 2).

Soweit die Beschwerdeführerin geltend mache, laut den kantonalen Vorgaben belege ein Baby bis 18 Monaten 1.5 Plätze, übersehe sie dabei, dass das KBFHG keine Gewichtung nach Alter der Kinder vorsehe. Auch aus neusten Zahlen (November und Dezember 2020 mit einer durchschnittlichen Belegung von 33.4 bzw. 34.2 Plätzen) sei der zusätzliche Bedarf nicht ersichtlich. Deshalb könne nachfolgend auch offenbleiben, ob es sich beim neuen Standort überhaupt um die Neueröffnung einer unabhängigen Kindertagesstätte, wie im Gesuch beantragt, oder nicht eher um die Erhöhung eines bestehenden Angebots handle (Vernehmlassung vom 5. Oktober 2020 S. 3).

Im Übrigen übersehe die Beschwerdeführerin bei ihrer Argumentation, dass das kantonale Recht nicht nur bei Babies (1.5), sondern auch bei Kindergartenkindern (0.5) eine Gewichtung vorsehe, die sich aufhebe. Selbst wenn man aber der Argumentation der Beschwerdeführerin folgen und für die Feststellung des bisherigen Angebots auf 31 Plätze abstellen würde, sei mit der Belegung von 34,2 Plätzen im Dezember 2020, also über 1.5 Jahren nach der Eröffnung des bisherigen Angebots, kein zusätzlicher Bedarf von mindestens zehn neuen Plätzen ausgewiesen (Stellungnahme vom 24. November 2020 S. 1 und 2).

**5.3** Im Folgenden ist vorab zu prüfen, ob die Vorinstanz bei der Bedarfsrechnung für Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung zu Recht keine Gewichtung einzelner Plätze vorgenommen hat.



**5.3.1** Das Bundesverwaltungsgericht hat sich bereits vor der Revision des KBFHG 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-171/2020 vom 5. August 2020 E. 5.3; 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).

**5.3.2** Der Begriff des Bedarfs war vor der bereits erwähnten Revision 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 geändert. Art. 12 Abs. 1 Bst. b KBFHV lautet neu wie folgt: "Das Beitragsgesuch muss enthalten: Für Kindertagesstätten und Einrichtungen für schulergänzende Betreuung einen detaillierten Voranschlag, ein Finanzierungskonzept, das mindestens sechs Jahre umfasst, und einen konkreten Bedarfsnachweis mit einer Anmelde-Liste."

**5.3.3** Bei den Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung handelt es sich um Finanzhilfen im Sinne des SuG, welches subsidiär anwendbar bleibt (Art. 2 Abs. 1 SuG). Wie alle Subventionen ausrichtenden staatlichen Behörden ist auch die Vorinstanz in die Verfassungsordnung eingebunden. Sie hat die Grundrechte und die Grundprinzipien des Verwaltungsrechts (Gesetzmässigkeit, Rechtsgleichheit, Öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit, Treu und Glauben) zu beachten (AUGUST MÄCHLER, in: Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, Kapitel 21 Rz. 21.21 und 21.39). Für die Begründung eines Subventionsverhältnisses bedeutet das deshalb insbesondere auch, dass jede Subvention einer gesetzlichen Grundlage bedarf (BGE 134 I 308 E. 5.4; 130 I 1 E. 3.1; 103 Ia 369 E. 5 f.; Urteil des BVGer B-5033/2019 vom 28. September 2020 E. 4.3; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2e éd. 2018, Rz. 482 ff.).

**5.3.4** Das KBFHG und die KBFHV sehen keine Möglichkeit vor, Betreuungsplätze nach dem Alter der zu betreuenden Kinder zu gewichten. Damit fehlt auch eine entsprechende gesetzliche Grundlage, die es ermöglichen würde, bei der Bedarfsrechnung für familienergänzende Kinderbetreuung des Bundes die Gewichtung von Betreuungsplätzen nach kantonalem Recht miteinzubeziehen (vgl. Urteil des BVGer C-3770/2007 E. 6.2). Die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz hätte die entsprechenden kantonalen Regelungen mitberücksichtigen müssen, läuft deshalb ins Leere.

**5.3.5** Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die Berechnungen der Beschwerdeführerin zur Auslastung vom Mai und Juni 2019 (vgl. E. 5.1 hiavor) – auch nach kantonalem Recht – nicht schlüssig scheinen. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz hätte für die Berechnung der Auslastung nicht nur die höhere Gewichtung der zwölf Babies (1.5), sondern auch die tiefere Gewichtung der elf Vorschulkinder (0.5) mitberücksichtigt werden müssen, so dass eine vollständige Auslastung auch an den erwähnten Tagen mit Betreuungsspitzen nicht gegeben scheint (vgl. Beilage 1 der unaufgeforderten Eingabe der Beschwerdeführerin vom 15. Oktober 2020; Stellungnahme der Vorinstanz vom 24. November 2020 S. 1 und 2).

**5.4** Sodann ist nachfolgend zu prüfen, ob die Vorinstanz in rechtmässiger Weise von einem fehlenden Bedarf nach neuen Betreuungsplätzen ausgegangen ist.

**5.4.1** Art. 12 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Bst. b KBFHV verlangt für den Bedarf einen konkreten Nachweis mit einer Anmelde-Liste. 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 ausgeführt, es habe sich gezeigt, dass allgemeine Angaben zur Bevölkerungsentwicklung oder Bautätigkeit in einer Region keine verlässlichen Indikatoren für den Bedarf eines zusätzlichen Angebotes seien. Dasselbe gelte auch für die Ergebnisse von Umfragen oder unverbindlichen Interessensbekundungen, mit denen der tatsächliche Bedarf oft erheblich überschätzt werde. Für die Bedarfsprüfung würden jedoch verlässliche Angaben benötigt. Aus diesem Grund müsse dem Gesuch ein konkreter Bedarfsnachweis beigelegt werden, der eine verbindliche Anmelde-Liste enthalte. Falls die Trägerschaft im gleichen Ort bereits weitere Angebote betreibt, müsse für die Frage des Bedarfs auch deren Belegung einbezogen werden. Es könne nämlich vorkommen,

dass mit der Eröffnung eines neuen zusätzlichen Standorts die Belegung an den bestehenden Standorten sinke. Es müsse daher sichergestellt werden, dass tatsächlich Bedarf für zusätzliche Plätze vorhanden sei und es sich nicht lediglich um eine Umverteilung der betreuten Kinder auf den neuen Standort handelt (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 15. Dezember 2021; vgl. auch Urteil des BVGer B-171/2020 vom 5. August 2020 E. 4.4).

**5.4.2** Als "gleichen Ort" im Sinne der Erläuterungen hat die Vorinstanz das Gebiet der Gemeinden Bonstetten/Wettswil definiert, was sachgerecht scheint und von der Beschwerdeführerin nicht bestritten wird (vgl. Urteil des BVGer B-5387/2015 vom 31. Januar 2017 E. 4.2). Entsprechend sind auch die bisherigen Angebote der Beschwerdeführerin in Bonstetten/Wettswil zu berücksichtigen (vgl. Urteil des BVGer B-171/2020 vom 5. August 2020 E. 5.4.2 und 5.4.3). Sollte sich sodann ein konkreter zusätzlicher und nachhaltiger Bedarf bei der Beschwerdeführerin ergeben (vgl. E. 5.4.1 hiavor), wären in einem weiteren Schritt Drittangebote am selben Ort ebenfalls in geeigneter Weise miteinzubeziehen (Urteile des BVGer B-171/2020 vom 5. August 2020 E. 5.4.4; B-6727/2019 vom 5. August 2020 E. 5.5.4).

**5.4.3** Aus den eingereichten Unterlagen geht hervor, dass die Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs (April 2019) über eine Auslastung von durchschnittlich 26 Plätzen verfügte. Selbst an den beliebten Tagen zu Wochenbeginn, an denen jeweils am meisten Kinder zu betreuen waren, lag die Auslastung bei maximal 31 und damit deutlich unter den 34 bisher bewilligten Plätzen (unaufgeforderte Eingabe vom 15. Oktober 2020, Beilage 1). Mit Eingabe vom 28. Februar 2020 gab die Beschwerdeführerin der Vorinstanz sodann eine durchschnittliche Auslastung von 26.5 Plätzen für Januar 2020 bekannt, wobei auch ein halbes Jahr nach der Eröffnung an keinem Wochentag eine vollständige Auslastung erreicht worden war (Vorakten A34, A36 und A38). Gleichzeitig ging die Beschwerdeführerin aufgrund der Voranmeldungen für die Monate März bis August 2020 von einer Auslastung von durchschnittlich 31 Plätzen aus (Vorakten A34, A36 und A38). Auch diese Auflistung dokumentiert, dass die bewilligten Kapazitätsgrenzen von 34 Plätzen nicht ausgeschöpft wurden,

auch nicht an den Tagen zu Wochenbeginn. Die Vorinstanz führte zu diesen Angaben in der angefochtenen Verfügung aus, dass der neue Standort "Kinderzentrum Y. \_\_\_\_\_" tatsächlich bereits recht gut belegt sei. Hingegen seien an den anderen beiden Standorten noch etliche leere Plätze vorhanden, auch weil bei der Eröffnung des neuen Standorts acht Kinder umverteilt worden seien. Die Prognose für die Auslastung sei im ersten Halbjahr 2020 leicht gestiegen, danach aber wieder gesunken, weshalb angesichts dieser Zahlen ein längerfristiger Bedarf für eine wesentliche Erhöhung des Angebots nicht ausgewiesen sei. Diese Begründung zum Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung war nachvollziehbar und lag auch im Ermessen der Vorinstanz.

**5.4.4** Am 28. August 2020 reichte die Beschwerdeführerin – eineinhalb Jahre nach der Stellung des Gesuchs und ein Jahr nach Eröffnung des neuen Standortes – eine mit "Präsenzkontrolle" überschriebene dritte Schätzung für die Monate September bis Dezember 2020 ein (Beschwerdebeilage 2). Diese ging neu von einer bis zu 30 Prozent höheren Belegung aus, womit erstmals die durchschnittliche Auslastung von 34 Plätzen überschritten worden wäre und an einzelnen Wochentagen bis zu 41 Kinder hätten betreut werden müssen. Die Vorinstanz verwies für die Begründung, ein längerfristiger Bedarf für eine wesentliche Erhöhung des Angebots sei aber auch im Dezember 2020 nicht ausgewiesen, einzig auf die Durchschnittsbelegung von 34,2 Plätzen (wobei sich aus der Beschwerdebeilage 2 für Dezember 2020 eine Durchschnittsbelegung von 36,7 errechnen lässt) und äusserte sich nicht zu der möglichen bzw. absehbaren Entwicklung und auch nicht zu der maximalen Belegung an beliebten Tagen.

**5.4.5** Auch diese dritte Schätzung der Beschwerdeführerin ist grundsätzlich als echtes Novum mit zu berücksichtigen (Urteil des BVGer B-5387/2015 vom 31. Januar 2017 E. 5; vgl. auch MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O. Rz. 2.204). Die Schätzung entspricht bisher jedoch nicht den Anforderungen an den konkreten Bedarfsnachweis nach Art. 12 Abs. 1 Bst. b KBFHV. Insbesondere fehlen die entsprechenden AnmeldeListen bzw. Verträge. Das fällt umso mehr ins Gewicht, als die neusten Zahlen von den bisherigen deutlich abweichen und die Gesuchstellerin diesen sprunghaften Anstieg der Auslastung bisher nicht näher erläutert hat.

**5.4.6** Zusätzlich blieb im Verfahren unklar, ob bei der Bedarfsklärung von 34 bewilligten oder – nach dem Umbau des Standortes an der Z. \_\_\_\_\_ – nicht doch von insgesamt 38 bewilligten Plätzen auszugehen ist (vgl. Vorakten A59).

## 6.

Unter diesen Umständen ist die Beschwerde 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. 3'000.– ist der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten.

**7.2** Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht hat die von einem Rechtsanwalt 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 des Vertreters bemessen. Der Stundenansatz beträgt für Anwälte mindestens Fr. 200.– und höchstens Fr. 400.– (Art. 10 Abs. 2 VGKE). Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hat vorliegend keine Kostennote eingereicht. Die ihm zuzuerkennende ungekürzte Entschädigung ist daher ermessensweise aufgrund der Akten und des gebotenen Aufwands auf Fr. 1'500.– 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 schulergänzende 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 Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– 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 (Rechtsvertreter; Einschreiben; Beilagen: Rückerstattungsformular und Beschwerdebeilagen)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Einschreiben; Beilagen: Vorakten)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Christian Winiger

Reto Finger

Versand: 25. Januar 2022