



Abteilung II
B-2629/2018

Urteil vom 26. März 2019

Besetzung

Richter Keita Mutombo (Vorsitz),
Richterin Eva Schneeberger, Richter David Aschmann,
Gerichtsschreiberin Andrea Giorgia Röllin.

Parteien

X. _____ gmbh,
vertreten durch Sören Schwieterka, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung,
Anerkennung der Beitragsberechtigung.

Sachverhalt:**A.**

Am 9. November 2010 wurde die "X. _____ gmbh" als Trägerin von Kinderkrippen, Kinderhorten, Kindergärten und Tagesschulen im Handelsregister des Kantons Zürich (UID-Nr. CHE- _____) eingetragen.

B.

Mit Beschluss vom 4. September 2012 erteilte die Vormundschaftskommission der Gemeinde Kilchberg der Vertreterin der "X. _____ gmbh" unter Auflagen eine Betriebsbewilligung für die "KITA X. _____", _____ in _____ (ZH), für insgesamt 48 (gewichtete) Plätze in vier Gruppen (43 ungewichtete Plätze), befristet bis 31. August 2014 (Dispositiv-Ziff. 2).

C.

Mit Entscheid vom 6. November 2012 anerkannte das Bundesamt für Sozialversicherung (BSV), Geschäftsfeld Familie, Generationen und Gesellschaft (nachfolgend: Vorinstanz), die "X. _____ gmbh" (damals noch unter dem Namen "X. _____ Y. _____ gmbh") vom 10. September 2012 für die Dauer von zwei Jahren für die Gründung der Kindertagesstätte (KITA) "X. _____ Z. _____" als beitragsberechtigt im Sinn von Art. 12 der Verordnung vom 9. Dezember 2002 über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung (AS 2003 258; im Folgenden: aKBFHV) (Dispositiv-Ziff. 1). Für die Berechnung der Finanzhilfen wurden 20 Plätze berücksichtigt (Dispositiv-Ziff. 2). Laut den Angaben im Beitragsgesuch (Nr. _____) mit Eingangsdatum vom 11. Mai 2012 plane die "X. _____ Y. _____ gmbh" die Schaffung von 42 ungewichteten Betreuungsplätzen. Der Bedarf für 42 Plätze sei jedoch nicht ausgewiesen. Aufgrund der aktuellen Belegung und in grosszügiger Abschätzung der noch möglichen Entwicklung während der restlichen Beitragsdauer sei ein Bedarf für lediglich 20 ungewichtete Plätze ausgewiesen.

D.

Mit Beschluss vom 25. August 2014 erteilte die Sozialkommission der Gemeinde Kilchberg der "X. _____ gmbh" unter Auflagen und befristet bis am 1. Juni 2018 die Betriebsbewilligung zur Führung der "Kindertagesstätte Z. _____" mit insgesamt 48 (gewichteten) Plätzen in vier Gruppen (43 ungewichtete Plätze; Dispositiv-Ziff. 1). Da die Kinderkrippe grundsätzlich noch nicht ausgelastet sei, sei die zu hohe Kinderzahl einer Gruppe an einem einzelnen Tag vertretbar. Die Bewilligung werde ohne begründeten Antrag nicht auf 50.5 Plätze erhöht (Dispositiv-Ziff. 2 Bst. b).

E.

Am 24. Mai 2017 stellte die "X. _____ gmbh" bei der Vorinstanz ein Gesuch (Nr. _____) um Gewährung von Finanzhilfen für die Erhöhung des Angebots der "Kindertagesstätte Z. _____". Datum der geplanten Angebotserweiterung sei der 5. Juni 2017. Es seien (insgesamt) 30 Betreuungsplätze geplant. Es bestünden bereits 20 Plätze. Diese seien im Durchschnitt des letzten Jahres effektiv belegt gewesen.

In der korrigierten Version des Beitragsgesuchs vom 24. Oktober 2017 beantragte die "X. _____ gmbh" Finanzhilfen für geplante 43 Betreuungsplätze.

F.

Am 28. März 2018 entschied die Vorinstanz, dass die Trägerschaft "X. _____ gmbh" vom 5. Juni 2017 an für die Dauer von zwei Jahren für die Erhöhung des Angebots der "Kindertagesstätte Z. _____" als beitragsberechtigigt im Sinn von Art. 12 aKBFHV anerkannt werde (Dispositiv-Ziff. 1). Für die Berechnung der Finanzhilfen würden 13 neue Plätze berücksichtigt (Dispositiv-Ziff. 2).

G.

Hiergegen hat die "X. _____ gmbh" (im Folgenden: Beschwerdeführerin) am 7. Mai 2018 Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht erhoben. Sie beantragt unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, Dispositiv-Ziff. 2 sei wie folgt neu zu fassen: "Für die Berechnung der Finanzhilfen werden 23 neue Plätze berücksichtigt". Eventuell sei die Angelegenheit zur Abänderung der angefochtenen Verfügung im Sinn dieser beantragten Neuberechnung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Schliesslich sei davon Vormerk zu nehmen, dass die angefochtene Verfügung im Übrigen nicht angefochten werde, so dass die bereits bewilligten Finanzhilfen für 13 neue Plätze zu gewähren seien.

H.

In ihrer Vernehmlassung vom 2. August 2018 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

I.

Mit Replik vom 12. September 2018 nimmt die Beschwerdeführerin zu den Vorbringen der Vorinstanz Stellung und ersucht das Gericht, die Vorinstanz im Sinn einer vorsorglichen Massnahme anzuweisen, die Finanzhilfen für die bewilligten 10 Plätze (recte wohl: 13 Plätze) umgehend auszuzahlen.

J.

In ihrer Duplik vom 5. November 2018 hält die Vorinstanz ebenfalls an ihrem Rechtsbegehren fest.

K.

K.a Mit unaufgeforderter Eingabe vom 26. November 2018 äussert sich die Beschwerdeführerin erneut zur Sache, worauf die Vorinstanz mit Schreiben vom 7. Januar 2019 abermals an ihrem Rechtsbegehren festhält.

K.b Nach erneuter Stellungnahme der Beschwerdeführerin am 30. Januar 2019 verzichtet die Vorinstanz mit Eingabe vom 7. Februar 2019 auf eine weitere Stellungnahme und hält weiterhin an ihrem Antrag fest.

L.

Auf die entscheidungswesentlichen Vorbringen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird im Rahmen der folgenden Erwägungen eingegangen.

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

1.1 Der Entscheid der Vorinstanz vom 28. März 2018 stellt eine Verfügung im Sinn von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen der Departemente und Dienststellen der Bundesverwaltung (Art. 33 Bst. d VGG). 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 Sinn 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). Die Eingabefrist sowie die 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). Auf die Beschwerde ist somit 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; Urteil des BVGer B-3819/2017 vom 3. Mai 2018 E. 2.1). Gemäss Art. 35 Abs. 1 SuG bestimmt sich der Rechtsschutz nach den allgemeinen Bestimmungen der Bundesrechtspflege. Ausnahmen sind keine vorgesehen.

2.2 Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

2.3 Mit der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann grundsätzlich 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).

2.4 Die angefochtene Verfügung ist darum grundsätzlich mit voller Kognition zu prüfen. Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt sich jedoch insoweit Zurückhaltung, als schon das KBFHG 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 sowie Urteil des BVGer B-1311/2017 vom 11. Juli 2018 E. 2.2 mit weiteren Hinweisen; FABIAN MÖLLER, Rechtsschutz bei Subventionen, 2006, S. 213 mit Hinweisen; BENJAMIN SCHINDLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2. Aufl. 2019, Art. 49 VwVG N 10 mit Hinweisen).

3.

3.1 In formell-rechtlicher Hinsicht finden mangels anderslautender Übergangsbestimmungen grundsätzlich diejenigen Rechtssätze Anwendung, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben (BGE

130 V 1 E. 3.2). In materiell-rechtlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts Geltung hatten (BGE 132 V 215 E. 3.1.1, 130 V 329 E. 2.3; Urteil des BVGer B-6813/2013 vom 2. Juni 2015 E. 2.2).

3.2 Laut Art. 36 SuG werden Gesuche um Finanzhilfen und Abgeltungen beurteilt nach (i) dem im Zeitpunkt der Gesucheinreichung geltenden Recht, wenn die Leistung vor der Erfüllung der Aufgabe verfügt worden ist (Bst. a), oder (ii) dem zu Beginn der Aufgabenerfüllung geltenden Recht, wenn die Leistung nachher zugesprochen wurde (Bst. b).

3.3 Vorliegend beantragt die Beschwerdeführerin Finanzhilfen für 23 neue Plätze ab dem 5. Juni 2017 für die Dauer von zwei Jahren. Die angefochtene Verfügung, mit welcher der Beschwerdeführerin Finanzhilfen für 13 neue Plätze zugesprochen wurden, datiert vom 28. März 2018. Die Leistung wurde somit nach der beantragten Angebotserhöhung (5. Juni 2017), das heisst nach Beginn der Aufgabenerfüllung verfügt. Damit ist die angefochtene Verfügung in materiell-rechtlicher Hinsicht, was das Verordnungsrecht anbelangt, anhand der Bestimmungen der aKBFHV zu beurteilen. Die neue Verordnung vom 25. April 2018 über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung (KBFHV, SR 861.1) ist erst am 1. Juli 2018 in Kraft getreten (Art. 42 Abs. 1 KBFHV) und daher vorliegend grundsätzlich noch nicht anwendbar. Auf Gesetzesebene ist demgegenüber keine relevante Rechtsänderung erfolgt.

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin rügt die Verletzung des rechtlichen Gehörs. Die angefochtene Verfügung gehe nicht auf ihre substantiierten Vorbringen im vorinstanzlichen Verfahren ein. Die Begründung der Verfügung sei mangelhaft beziehungsweise fehle eine solche. Diese Verletzung könne nicht durch die im Vorfeld der Verfügung erfolgte Korrespondenz zwischen der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz geheilt werden.

4.2 Der Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör ist in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) gewährleistet. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die grundsätzliche Pflicht der Behörden, ihren Entscheid zu begründen (zum Ganzen: BGE 141 V 557 E. 3.2.1, 134 I 83 E. 4.1, 126 I 97 E. 2b und 112 Ia

107 E. 2b, je mit Hinweisen). Für das Verfahren in Verwaltungssachen vor Bundesverwaltungsbehörden wird dies in Art. 35 Abs. 1 VwVG explizit festgehalten.

Die Begründung eines Entscheids muss so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn er sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen kann. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützt (zum Ganzen: BGE 142 II 324 E. 3.6, 141 V 557 E. 3.2.1, 134 I 83 E. 4.1, 129 I 232 E. 3.2 und 126 I 97 E. 2b, je mit Hinweisen). Dabei ist die Behörde indes nicht verpflichtet, sich zu allen Rechtsvorbringen der Partei zu äussern. Sie kann sich vielmehr auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 141 V 557 E. 3.2.1, 134 I 83 E. 4.1, 130 II 530 E. 4.3 und 129 I 232 E. 3.2, je mit Hinweisen; zur ganzen Erwägung siehe: Urteil des BVGer B-260/2009 vom 11. November 2009 E. 3.1).

4.3 Vorliegend hat die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung einlässlich begründet, wieso sie für die Berechnung der Finanzhilfen nur 13 neue Plätze berücksichtigt. Die Vorinstanz hat namentlich dargelegt, dass aufgrund der Belegungsstatistiken von einem bestehenden Angebot von mindestens 27 Plätzen auszugehen sei und aufgrund der aktuellen Belegung und in grosszügiger Abschätzung der noch möglichen Entwicklung während der restlichen Beitragsdauer lediglich ein Bedarf für insgesamt 40 Plätze ausgewiesen sei. Damit hat die Vorinstanz die entscheidewesentlichen Überlegungen festgehalten und war demzufolge eine sachgerechte Anfechtung des Entscheids möglich. Die angefochtene Verfügung erweist sich somit als ausreichend begründet. Es ist keine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin festzustellen.

5.

5.1 Zu prüfen ist nachfolgend, ob die Vorinstanz mit der angefochtenen Verfügung das Gesuch der Beschwerdeführerin um Finanzhilfen für 23 zusätzliche Betreuungsplätze mit Beitragsbeginn am 5. Juni 2017 zu Recht nur teilweise, das heisst im Umfang von 13 statt 23 zusätzlichen Betreuungsplätzen, gutgeheissen hat.

5.2 Gemäss Art. 1 Abs. 1 und 2 KBFHG richtet der Bund im Rahmen der bewilligten Kredite Finanzhilfen namentlich zur Schaffung familienergänzender Betreuungsplätze für Kinder aus, damit die Eltern Familie und Arbeit oder Ausbildung besser vereinbaren können. Die Finanzhilfen können

gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. a KBFHG unter anderem an Kindertagesstätten ausgerichtet werden. Die Finanzhilfen werden in erster Linie für neue Institutionen gewährt, können indessen auch bestehenden Institutionen, die ihr Angebot wesentlich erhöhen, gewährt werden (Art. 2 Abs. 2 KBFHG). Als Kindertagesstätten gelten Institutionen, die Kinder im Vorschulalter betreuen (Art. 2 Abs. 1 aKBFHV).

5.3 Bei der Regelung gemäss Art. 2 Abs. 2 KBFHG handelt es sich um eine sogenannte Kann-Vorschrift. Die Zusprechung allfälliger Unterstützungsleistungen liegt damit im alleinigen Ermessen der Vorinstanz, soweit die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Finanzhilfe gegeben sind. Der Vorinstanz wird dadurch ein Spielraum für den Entscheid im Einzelfall eingeräumt. Dies bedeutet aber nicht, dass sie in ihrer Entscheidung völlig frei ist. Sie hat innerhalb ihres Entscheidungsspielraums die zweckmässigste Lösung zu treffen. Hierbei ist sie an die Verfassung gebunden und hat insbesondere das Rechtsgleichheitsgebot und das Verhältnismässigkeitsprinzip zu befolgen. Die öffentlichen Interessen sind zu wahren und der Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung zu beachten. Der durch die Vorinstanz getroffene Entscheid darf schliesslich nicht willkürlich sein (zum Ganzen: Urteil des BVGer B-3819/2017 vom 3. Mai 2018 E. 3.3 mit weiteren Hinweisen; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 409).

5.4 Erklärter Zweck des KBFHG ist die Erhöhung der Anzahl von Betreuungsplätzen (Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 22. Februar 2002 [im Folgenden: Bericht SGK-N], BBI 2002 4231). Das Impulsprogramm soll einen Anstoss zur Schaffung von Betreuungsplätzen geben (vgl. Art. 1 KBFHG) und bei der Finanzierung ansetzen (Bericht SGK-N, BBI 2002 4229; Urteil des BVGer B-2221/2016 vom 1. November 2017 E. 4.4). Ziel ist es, berufstätige Eltern bei der Betreuung ihrer Kinder zu unterstützen. Projekte, die in einer Anfangsphase mit finanziellen Schwierigkeiten kämpfen oder ohne finanzielle Unterstützung gar nicht zustande kämen, sollen vom Bund unterstützt werden (Bericht SGK-N, BBI 2002 4229). Die Schaffung vieler Betreuungsplätze allein genügt jedoch nicht; die geschaffenen Plätze müssen auch nach Wegfall der Bundeshilfen weiter bestehen können (Bericht SGK-N, BBI 2002 4229; Urteile des BVGer B-3819/2017 vom 3. Mai 2018 E. 3.4, B-2221/2016 vom 1. November 2017 E. 4.4 mit Hinweisen).

6.

6.1 Finanzhilfen können Kindertagesstätten erhalten, die über mindestens 10 Plätze verfügen und während mindestens 25 Stunden pro Woche und 45 Wochen pro Jahr geöffnet sind (Art. 2 Abs. 2 aKBFHV). Als wesentliche Erhöhung eines bestehenden Angebots gilt gemäss Art. 2 Abs. 3 aKBFHV eine Erhöhung der Anzahl Plätze um einen Drittel, mindestens aber um 10 Plätze (Bst. a) oder eine Ausdehnung der Öffnungszeiten um einen Drittel, mindestens aber um 375 Stunden pro Jahr (Bst. b). Die Finanzhilfen werden während höchstens drei Jahren ausgerichtet (Art. 5 Abs. 4 KBFHG).

6.2 Gemäss Art. 6 Abs. 1 und 2 KBFHG müssen Kindertagesstätten und Einrichtungen für die schulergänzende Betreuung das Gesuch um Finanzhilfen vor der Betriebsaufnahme oder vor der Erhöhung des Angebots bei der Vorinstanz einreichen.

7.

Im vorliegenden Verfahren hat die Beschwerdeführerin die Anzahl der Betreuungsplätze erhöht. In welchem Umfang sie das getan hat, ist indessen umstritten und folglich zu prüfen.

7.1 In ihren Gesuchen vom 24. Mai 2017 und 18. Oktober 2017 erwähnte die Beschwerdeführerin unter Ziff. 4 "Finanzierung (für 6 Jahre)" des Formulars A als aktuelle Situation 20 angebotene Betreuungsplätze. Dabei handelt es sich laut der Ziff. 5 "Allgemeine Bemerkungen" des Formulars A der beiden Gesuche um die Situation im Jahr 2016. Aus diesen Angaben ist freilich die Anzahl der Betreuungsplätze, die per 5. Juni 2017, das heisst vor der Angebotserhöhung (E. 6.2), tatsächlich belegt wurden, nicht ersichtlich, was nachfolgend zu untersuchen ist.

7.2 Laut der Beschwerdeführerin ist von einem Vorbestand von 20 ungewichteten Betreuungsplätzen als Ausgangspunkt auszugehen. Gemäss Umsatz habe die durchschnittliche Anzahl belegter Plätze in der Einrichtung Z. _____ vor dem 5. Juni 2017 ca. 20 betragen. Von März bis und mit Mai 2017 habe der Durchschnitt der belegten Plätze bei 21.4 bis 22.2 gelegen. Der Umsatz des Jahres 2016 ergebe eine Belegung im Jahresdurchschnitt von rund 18.6 Plätzen. Hätte die Vorinstanz rechtlich haltbare Argumente, die Anerkennung von 20 Plätzen als bestehendes Angebot zu verweigern, müsste sie nicht mit Grosszügigkeit argumentieren. Die Vorinstanz wolle hier infolge einer Änderung der bisherigen Praxis, nach welcher nur die Durchschnittswerte massgebend gewesen seien, neu von einem

Vorbestand von 27 statt richtigerweise 20 Betreuungsplätzen als Ausgangspunkt für die Erweiterung ausgehen. Wäre die Gesuchseinreichung ein Jahr früher erfolgt, hätte sie (die Beschwerdeführerin) noch keine Belegung von durchschnittlich 20 Plätzen nachweisen können.

7.3 Die Vorinstanz wendet ein, sie habe zu Gunsten der Beschwerdeführerin das bestehende Angebot auf lediglich 27 Plätze festgelegt, da der Spitzenwert der Belegung bei 27.5 Plätzen gelegen sei und die 27 Plätze auch dem seinerzeitigen Antrag im Rahmen des Gesuchs Nr. _____ entsprächen. Es handle sich dabei um eine sehr grosszügige Beurteilung zu Gunsten der Beschwerdeführerin. Da für die Frage des Angebots wesentlich sei, wie viele Kinder aufgrund der existierenden Infrastruktur und Betriebsbewilligung betreut werden könnten, sei vorliegend von mindestens 27 bestehenden Plätzen auszugehen. Vor der geltend gemachten Angebotserhöhung seien regelmässig 27, teilweise gar 29 Kinder gleichzeitig betreut worden. Sie habe darauf verzichtet, zur Festlegung des bestehenden Angebots auf die damals gültige Betriebsbewilligung für 43 Plätze abzustellen. Falls das Gericht zum Schluss komme, dass ihr Vorgehen zu grosszügig gewesen sei, müsste ihre Verfügung aufgehoben und das Gesuch abgelehnt werden.

7.4

7.4.1 Ein undatiertes Betriebskonzept der "Kindertagesstätte Z. _____" hält unter Ziff. 2.1 fest, dass am 5. Juni 2017 eine dritte Gruppe eröffnet werde. Gemäss diesem Konzept ist in der Einrichtung eine Gruppe mit acht Kindern und eine Gruppe mit 16 Kindern geführt worden, "insgesamt 20 Kinder".

7.4.2 Gemäss der am 5. Juli 2017, im Oktober 2017 bzw. im Dezember 2017 erstellten Präsenzkontrolle (Formular A; nachfolgend: Präsenzkontrolle 2017) waren in der "Kindertagesstätte Z. _____" in der Zeit vom 1. März 2017 bis und mit 4. Juni 2017 am besten besuchten Wochentag, dem Donnerstag, 28 bis 29 Plätze verkauft.

7.5 Die Vorinstanz geht zu Gunsten der Beschwerdeführerin von 27 Betreuungsplätzen aus. Diese Anzahl entspricht gleichzeitig der Anzahl Plätze, welche die Beschwerdeführerin in ihrem ursprünglichen Gesuch (Nr. _____) für Montag bis Freitag beantragt hatte (Sachverhalt Bst. B). Hätte diese Anzahl Plätze bei der Beschwerdeführerin bislang nicht bestanden, hätte sie donnerstags wegen Platzmangels Kinder abweisen müssen. Entsprechend ist diese Platzanzahl massgebend (vgl. Urteile des

BVGer B-3819/2017 vom 3. Mai 2018 E. 4.4.2 und B-3091/2016 vom 8. Februar 2018 E. 4.9). Im Ergebnis hat die Vorinstanz somit nachvollziehbar und willkürfrei festgestellt, dass das effektive Angebot der Beschwerdeführerin vor der Angebotserhöhung aus 27 Plätzen bestand.

7.6 Aus dem Umsatz der "Kindertagesstätte Z. _____" kann nichts zugunsten der Beschwerdeführerin abgeleitet werden, da präzise Angaben über die Kosten pro Betreuungsplatz fehlen. Den Akten kann entnommen werden, dass die Preise pro Betreuungsplatz aufgrund verschiedener Faktoren (Kindesalter, Betreuungsmodell, Geschwisterrabatt, subventionierte Plätze, etc.) variieren (siehe insb. eigenes Finanzreglement der Beschwerdeführerin vom 18. Juni 2013). Mangels dieser Angaben lässt sich aus dem Umsatz die Anzahl Betreuungsplätze nicht errechnen.

7.7 Für die Beurteilung des bestehenden Angebots ist an sich einzig der Zeitpunkt der tatsächlichen Betriebsaufnahme massgebend (Urteil des BVGer B-4145/2016 vom 3. März 2017 E. 4.4 mit Hinweis). Das heisst, es liegt nicht im Ermessen der Beschwerdeführerin, den Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs um Finanzhilfen zu bestimmen. Entscheidend ist vorliegend einzig, dass die Beschwerdeführerin ihre Gesuche zu einem Zeitpunkt gestellt hat, als ihr bestehendes Angebot – wie soeben gesehen – bereits aus 27 Plätzen bestand.

7.8 Da ein Drittel der bisherigen 27 Betreuungsplätze (E. 7.5 hiavor) – neun Plätze – unter dem gesetzlich vorgesehenen Minimum neu zu schaffender Betreuungsplätze liegt, gilt für die hier in Frage stehende Einrichtung die Schaffung von zehn neuen Betreuungsplätzen als Voraussetzung für die Annahme einer wesentlichen Erhöhung ihres Angebotes (E. 6.1). Diese ist vorliegend unbestrittenemassen gegeben.

8.

8.1 Weiter ist zu prüfen, ob für die Erhöhung des Angebots an Betreuungsplätzen ein Bedarf besteht. Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung – ausgehend von 27 bisherigen Plätzen – nur einen Bedarf an 13 zusätzlichen Plätzen bejaht. Die Beschwerdeführerin ist hingegen der Ansicht, dass es – ausgehend von 20 bestehenden Plätzen – 23 zusätzlicher Plätze bedürfe.

8.1.1 Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie habe am 25. Oktober 2017 eine Erweiterung der Finanzhilfen auf neu 43 Plätze beantragt, da sie für

die "Kindertagesstätte Z. _____" über eine öffentlichrechtliche Bewilligung für insgesamt 48 Plätze verfüge. Ausserdem sei für die Zukunft mit einer entsprechenden Nachfrage zu rechnen. Schliesslich werde sie dieses Angebot nicht durch kontinuierlichen Ausbau, sondern durch die entsprechende Erweiterung ihrer Einrichtung bereitstellen. Die Vorinstanz gehe ohne weitere Begründung und Substantiierung davon aus, dass der ausgewiesene Bedarf für zusätzliche Betreuungsplätze nicht 43 Plätze betrage. Aus der Präsenzkontrolle über die verkauften Betreuungsplätze pro Tag für das erste Beitragsjahr gehe hervor, dass sie (die Beschwerdeführerin) bereits ab Mai 2018 an Spitzentagen die volle Anzahl von 43 Betreuungsplätzen erreicht habe. Bis 2019 dürfte sie die Maximalzahl von 43 ungewichteten Plätzen im Durchschnitt sogar überschreiten, zumal in der "Kindertagesstätte Z. _____" total 48 Betreuungsplätze zulässig wären. Sie habe schon Verkaufszahlen für das zweite Betriebsjahr, welche den Bedarf nach 43 Plätzen belegten, vorlegen können, obwohl die Frauen, die den Platz erst in zwei Jahren benötigen würden, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht einmal schwanger seien. Sie könne schon heute, zwei Jahre im Voraus, die Belegung von 39 Plätzen nachweisen. Wenn dies nicht genügen sollte, scheine nach willkürfreien Massstäben ein Nachweis gar nicht möglich zu sein. Bei einem festgestellten Bedarf von nur 40 Plätzen würde ihr aufgrund der vorgeschriebenen Mindestenerweiterung um zehn Plätze jegliche Möglichkeit genommen, für die weiteren drei Plätze Finanzhilfen zu erhalten. Für die Festlegung der Beitragsberechtigung sei deshalb auf eine Erhöhung der Anzahl ungewichteter Betreuungsplätze von 43 abzustellen.

8.1.2 Die Vorinstanz legt dar, das bestehende Angebot (27 Plätze) werde per 5. Juni 2017 unbestrittenermassen auf 43 Plätze erhöht. Die Festlegung des Bedarfs auf 40 Plätze sei in sehr grosszügiger Abschätzung der noch möglichen Entwicklung während der restlichen Beitragsdauer von fünf Monaten erfolgt und trage durchaus auch den Belegungen der Spitzentage Rechnung, lägen diese doch zwischen 36 und 39 Plätzen.

8.2

8.2.1 Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts 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. Urteil des BVGer B-3091/2016 vom 8. Februar 2018 E. 4.4 mit zahlreichen Hinweisen).

Die finanzielle Unterstützung des Bundes bezweckt die Erhöhung des Angebotes an familienergänzender Kinderbetreuung dort, wo bereits eine starke Nachfrage besteht (vgl. Bericht SGK-N, BBI 2002 4229 Ziff. 2.4; vgl. auch Urteil des BVGer B-1311/2017 vom 11. Juli 2018 E. 5.3 mit Hinweis). Bei bestehenden Einrichtungen muss die Zunahme an Plätzen wesentlich sein, da die Kosten eines bescheidenen Ausbaus keine finanziellen Hilfen rechtfertigen (Bericht SGK-N, BBI 2002 4231). Dabei ist zu berücksichtigen, dass gemäss Art. 2 Abs. 2 KBFHG die Finanzhilfen in erster Linie neuen Institutionen gewährt werden sollen und nur in zweiter Linie bestehenden Institutionen, die ihr Angebot erhöhen. Neue Einrichtungen werden aber lediglich dann prioritär behandelt, wenn die eingehenden Finanzierungsgesuche die verfügbaren Mittel übersteigen (Bericht SGK-N, BBI 2002 4240).

8.2.2 Der Begriff des Bedarfs wird weder im KBFHG noch in der aKBFHV präzisiert. Bei der Einschätzung des Bedarfs an Betreuungsplätzen darf weder auf reine Spekulationen noch auf nicht weiter begründete Erwartungen abgestellt werden (Urteil des BVGer B-1311/2017 vom 11. Juli 2018 E. 5.3 mit Hinweis). Bei der Feststellung des Bedarfs durch die Vorinstanz kann es sich grundsätzlich nicht um eine exakte Berechnung handeln, sondern nur um eine angemessene Einschätzung im Einzelfall. Die Vorinstanz verfügt dabei über einen grossen Ermessensspielraum, den sie verfassungs- und gesetzeskonform auszuüben hat (vgl. E. 5.3 hiavor; Urteile des BVGer B-1311/2017 vom 11. Juli 2018 E. 5.3 mit Hinweis und B-3091/2016 vom 8. Februar 2018 E. 4.4, wo von "technischem Ermessen" die Rede ist).

8.2.3 Es ergibt sich aus der Natur der Sache, dass der Zeitpunkt des Entscheids über ein Gesuch um Finanzhilfe relevant ist für die Frage, ob lediglich auf Anhaltspunkte für eine Bedarfsschätzung, insbesondere aufgrund von Anmelde Listen und Verträgen mit den Eltern, oder ob bereits auf verlässlichere Zahlen aufgrund der effektiven Belegung des erweiterten Angebots abgestellt werden kann. Liegen im Zeitpunkt des Entscheids über das Gesuch um Finanzhilfen bereits Zahlen über die effektive Belegung nach der Angebotserweiterung vor, so geben diese den Bedarf in Bezug auf diese Zeitperiode zuverlässiger wieder als frühere Schätzungen aufgrund von Anmelde Listen und Verträgen mit Eltern (Urteile des BVGer B-5932/2018 vom 18. März 2019 E. 5.4.4, B-1311/2017 vom 11. Juli 2018 E. 5.3 und B-3091/2016 vom 8. Februar 2018 E. 4.5). Für die Prüfung des Bedarfs der Erhöhung eines Betreuungsangebots darf daher nicht einfach auf die Zahl der neu geschaffenen Betreuungsplätze abgestellt werden.

Auch die zukünftige Bevölkerungsentwicklung ist nicht massgeblich. In erster Linie ist der Bedarf danach zu beurteilen, ob die vor der Erhöhung bereits bestehenden Betreuungsplätze tatsächlich belegt sind. Die effektive Belegung von neu geschaffenen Betreuungsplätzen beweist zudem (rückwirkend), dass (zumindest) für diese Plätze vorgängig ein Bedarf bestand (zum Ganzen: Urteil des BVGer B-1311/2017 vom 11. Juli 2018 E. 5.3 mit weiteren Hinweisen).

Kurz nach der Erhöhung eines bereits vorbestehenden Angebots werden die effektiven Belegungszahlen dem bestehenden Bedarf tendenziell eher entsprechen als nach einer Neueröffnung, weshalb der darüber hinausgehende Bedarf zurückhaltender eingeschätzt werden kann. Bereits etablierte Tagesstätten und Einrichtungen sollten in der Lage sein, den bestehenden Bedarf schneller auszuschöpfen als neu errichtete, da sie sich im Gegensatz zu Letzteren das Vertrauen der Eltern nicht erst erarbeiten müssen (Urteil des BVGer B-1311/2017 vom 11. Juli 2018 E. 5.6.2; vgl. Bericht SGK-N, BBl 2002 4229 Ziff. 2.4). Dies ist auch der Grund, weshalb die Finanzhilfen in erster Linie neuen Institutionen gewährt werden und nur in zweiter Linie Institutionen, die ihr Angebot erhöhen (vgl. oben E. 5.2, 5.4 und 8.2.1 *in fine*).

Im vorliegenden Fall ist somit mitunter auf die Präsenzkontrollen für das erste Betriebsjahr sowie auf die für das zweite Betriebsjahr verkauften Betreuungsplätze abzustellen.

8.3 Die Vorinstanz hat für ihre Einschätzung des Bedarfs unter anderem auf die von der Beschwerdeführerin für die Zeit ab dem 5. Juni 2017 gelieferten Belegungszahlen der betroffenen Einrichtung abgestellt. Die Beschwerdeführerin bestreitet diese Zahlen nicht. Ihr wäre es auch im Beschwerdeverfahren offen gestanden, dem Gericht neuere Belegungszahlen einzureichen (vgl. Urteil des BVGer B-1311/2017 vom 11. Juli 2018 E. 5.6.1, auch zum Folgenden). Aufgrund ihrer Mitwirkungspflicht wäre sie dazu insoweit verpflichtet gewesen, als sie solche Zahlen vom Gericht hätte berücksichtigen wollen. Da die Beschwerdeführerin keine neueren Zahlen eingereicht hat, geht das Gericht von den im Recht liegenden Zahlen aus.

8.4 Gestützt auf die eingereichten Präsenzkontrollen schätzt die Vorinstanz den Bedarf für die Zeit ab dem 5. Juni 2017 auf 40 Plätze. Die Vorinstanz geht davon aus, dass die Belegung an den Spitzentagen zwischen 36 und 39 Plätzen betrage (E. 8.1.2 hiavor).

8.5 Gemäss der im Februar 2018 von der Beschwerdeführerin erstellten Präsenzkontrolle (Formular A; nachfolgend: Präsenzkontrolle 2018/1), die sich hinsichtlich der zukünftigen Präsenzen auf die erfolgten Anmeldungen für einen Betreuungsplatz stützt (vgl. Stellungnahme vom 24. Oktober 2017 der Beschwerdeführerin), waren im Zeitraum vom 5. Juni 2017 bis am 3. Juni 2018 am bestbesuchten Wochentag, dem Mittwoch, 31 bis 43 Plätze verkauft. Dasselbe weist eine undatierte Präsenzkontrolle der Beschwerdeführerin (mit Stempel "25. Juli 2018"; im Folgenden: undatierte Präsenzkontrolle) für die Mittwochen dieses Zeitraums aus. Nach einer im März 2018 erstellten Präsenzkontrolle (Formular A; nachfolgend: Präsenzkontrolle 2018/2) waren im zweiten Jahr nach der Angebotserweiterung im Zeitraum vom 4. Juni 2018 bis am 31. Dezember 2018 mittwochs (voraussichtlich) 40 bis 42 Plätze verkauft. Die Beschwerdeführerin hat für die anderen Wochentage keinen höheren effektiven Bedarf ausweisen können.

8.6 Die Vorinstanz stellt bei ihrer Bedarfsabschätzung auf verschiedene Faktoren ab, was gerichtsnotorisch ist. Vorliegend berücksichtigte die Vorinstanz unter anderem die Durchschnittsbelegung über die verschiedenen Wochentage, die Überlebensfähigkeit des Betreuungsangebots auch nach Wegfall der Bundeshilfen (oben E. 5.4), die aktuelle Belegung und die schätzungsweise noch mögliche Entwicklung während der restlichen Beitragsdauer (vgl. angefochtene Verfügung, S. 2). Zudem trug die Vorinstanz den Belegungen der Spitzentage Rechnung (vgl. Vernehmlassung, S. 3). Die Einschätzung der Vorinstanz, wonach nur für 40 Betreuungsplätze ein Bedarf bestehe, ist somit nachvollziehbar und liegt im Rahmen ihres Ermessens (vgl. E. 8.2.2 f. hiervor; Urteil des BVGer B-5932/2018 vom 18. März 2019 E. 5.4.7).

8.7 Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern.

8.7.1 Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin kann auch hier aus dem Umsatz der "Kindertagesstätte Z. _____" nicht auf den Bedarf an Betreuungsplätzen geschlossen werden, da der Preis pro Platz variabel ist (vgl. E. 7.6 hiervor). Aus demselben Grund lässt sich auch aus dem Formular A "Betriebsergebnis des Beitragsjahres", das als Beilage I dem Formular für die Abrechnung der Finanzhilfen für Kindertagesstätten vom 17. Juli 2018 beigefügt ist, nichts zugunsten der Beschwerdeführerin ableiten. Dasselbe gilt für die für das erste Betriebsjahr erstellte (undatierte, mit "25. Juli 2018" gestempelte) Bilanz und Erfolgsrechnung der "X. _____".

Z._____ Erweiterung", die aufgrund des variablen Platzpreises ebenfalls keine Rückschlüsse auf den Bedarf zulässt.

8.7.2 Die Betriebsbewilligung für 48 gewichtete Plätze, welche die Sozialkommission der Gemeinde Kilchberg am 7. Mai 2018 für die "Kindertagesstätte Z._____" erteilt hat, orientiert sich an der vorhandenen Infrastruktur und den Platzverhältnissen vor Ort. Die Anzahl Plätze gemäss Betriebsbewilligung muss somit nicht zwingend mit dem bestehenden Angebot oder dem Bedarf übereinstimmen.

9.

Zusammenfassend sind nach dem Gesagten die Feststellungen der Vorinstanz nicht zu beanstanden, wonach die "Kindertagesstätte Z._____" vor der per 5. Juni 2017 erfolgten Angebotserhöhung über 27 Betreuungsplätze verfügte und ein Bedarf an 13 weiteren Betreuungsplätzen besteht. Somit ist die Beschwerde abzuweisen und die angefochtene Verfügung vom 28. März 2018 zu bestätigen.

10.

Da es sich *in casu* um einen letztinstanzlichen Entscheid handelt (E. 12 hiernach), wird das Gesuch der Beschwerdeführerin, es sei die Vorinstanz im Sinn einer vorsorglichen Massnahme anzuweisen, die Finanzhilfen für die bewilligten 10 (recte wohl: 13) Plätze umgehend auszuzahlen, aufgrund der sofortigen Rechtskraft der angefochtenen Verfügung gegenstandslos.

11.

11.1 Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Sie werden unter Berücksichtigung des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache im vorliegenden Verfahren auf insgesamt Fr. 2'000.– festgesetzt (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG sowie Art. 1, 2 und 4 VGKE). Der von der Beschwerdeführerin in gleicher Höhe einbezahlte Kostenvorschuss ist zur Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden.

11.2 Weder die unterliegende Beschwerdeführerin noch die obsiegende Vorinstanz hat Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG *e contrario* und Art. 7 Abs. 3 VGKE).

12.

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 stehende Finanzhilfe für familienergänzende Kinderbetreuung stellt keine Anspruchs-, sondern eine Ermessenssubvention dar (vgl. E. 5.3 hiervor), weshalb das vorliegende Urteil nicht beim Bundesgericht angefochten werden kann und somit endgültig ist.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der von ihr in gleicher Höhe einbezahlte Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

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:

Keita Mutombo

Andrea Giorgia Röllin

Versand: 28. März 2019