

Gutachten

Normkostenmodelle bei subventionierter familienergänzender Bildung und Betreuung im Lichte der Wirtschaftsfreiheit

zuhanden von kibesuisse – Verband Kinderbetreuung Schweiz

erstattet von
Prof. (FH) Dr. iur. Ralph Trümpler

Rudin Cantieni Rechtsanwälte AG
Josefstrasse 59
8005 Zürich
www.rudincantieni.ch

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|-----|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1 | Ausgangslage | 3 |
| 1.1 | Auftragserteilung und Gegenstand des Gutachtens | 3 |
| 1.2 | Hinweise zur Begutachtung | 4 |
| 1.3 | Verwendete Literatur und Materialien | 4 |
| 2 | Einleitung | 7 |
| 3 | Spezialgesetzliche Vorgaben bei familienergänzender Bildung und Betreuung | 8 |
| 3.1 | Die Pflegekinderaufsicht als Ausgangspunkt | 8 |
| 3.2 | Weiterungen im kantonalen und kommunalen Recht | 9 |
| 3.3 | Grundsätze des Subventionsrechts | 12 |
| 3.4 | Zur Herkunft der Normkostenmodelle | 14 |
| 3.5 | Sozial- oder wirtschaftspolitisch motivierte Subjekt- und Objektfinanzierung? | 14 |
| 4 | Betrachtungen aus verfassungsrechtlicher Sicht | 15 |
| 4.1 | Rechtsstaatliche Grundordnung und Subventionen | 15 |
| 4.2 | Gedanken zu grundsatzwidrigen kantonalen Subventionssystemen | 18 |
| 4.3 | Zum Verhältnis von öffentlich-rechtlichen Auflagen und privatrechtlichen Rechtsverhältnissen | 19 |
| 5 | Schlussfolgerungen und Beantwortung der Fragen | 20 |

1 Ausgangslage

1.1 Auftragserteilung und Gegenstand des Gutachtens

- 1 Die Auftraggeberin schilderte am 24. Mai 2023 die Ausgangslage im Bereich der familienergänzenden Bildung und Betreuung durch Kinderkrippen und Kindertagesstätten wie folgt: Die meisten Kindertagesstätten seien heute privatrechtlich organisiert, würden aber von staatlichen Subventionen profitieren. In immer mehr Kantonen seien die Subventionen mit dem Modell der Normkosten verbunden. Die Modelle führten nicht nur die Subventionsbeiträge an die Eltern aus, sondern würden die Berechnungen als Grundlage dafür verwenden, was ein Tag in einer Kita aus Sicht des Kantons kosten darf. Die entsprechenden Normkostenmodelle hätten mithin Vorgaben und Auflagen zur Folge (wie beispielsweise maximale Elterntarife).
- 2 Die in diesen Modellen vorgesehenen staatlichen Auflagen schränkten die betroffenen Organisationen in ihrer betriebswirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit teilweise empfindlich ein, was je nach Auflage existenziell werden könne. Für den Verband Kinderbetreuung Schweiz stelle sich daher die Frage, inwiefern die verfassungsmässige Wirtschaftsfreiheit in solchen Modellen noch gewährleistet sei.
- 3 Die Tendenz, dass der Staat im Gegenzug zur Gewährung von Subventionen (welche zu einem grossen Teil an die Eltern ausbezahlt würden) die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit bei den Kindertagesstätten einschränke, sei auf allen staatlichen Ebenen (Gemeinden, Kantone, Bund) zu beobachten. Als Beispiele aus der Praxis nennt die Auftraggeberin etwa die Stadt Zürich. Wer hier subventionierte Plätze anbiete, sei bei der Tarifgestaltung eingeschränkt und dürfe nicht mehr für einen Platz verlangen als von der Stadt vorgegeben. Dies werde mit entsprechenden Klauseln in den Vereinbarungen zwischen der Stadt und den Kindertagesstätten sichergestellt. Demzufolge reguliere die Stadt Zürich, was ein subventionierter Kita-Platz für eine Familie koste – unabhängig vom konkreten Leistungsangebot der jeweiligen Kita. Entsprechend sei der Preis für Eltern mit Subventionsberechtigung in allen Kitas der Stadt Zürich, welche diese Plätze anbieten, identisch, obwohl die angebotenen Leistungen sich von Kita zu Kita zum Teil drastisch unterscheiden würden. Die Leistungsvereinbarungen, welche die Kitas mit der Stadt Zürich abschliessen müssen, um subventionierte Plätze abrechnen zu können, regeln explizit, dass jene Leistungen, die über das mit den Elternsubventionen vergütete Grundangebot hinausgehen (und allenfalls mit gewissen Kindertagesstätten untrennbar verbunden sind), nicht zusätzlich bzw. separat verrechnet werden dürfen. Selbst Eltern, die bereit wären, die Mehrleistungen einer Kindertagesstätte zu vergüten, dürften zusätzliche (Dienst-)Leistungen nicht in Rechnung gestellt werden.
- 4 Als weiteres Beispiel wird von der Auftraggeberin der Vernehmlassungsentwurf zum Kinder- und Jugendhilfegesetz des Kantons Zürich genannt. Dieser würde neben den Normkosten und der Tarifobergrenze ausführen, was alles von Kindertagesstätten zusätzlich verrechnet werden dürfe. Im Kanton Graubünden dürften sodann gemäss dortigem Recht die Leistungserbringenden zwar selbst den Tarif festlegen, dieser dürfe aber nicht über den von der Regierung festgelegten Höchsttarif

hinausgehen, der sich an Normkosten orientiere. Diese Normkosten würden anhand der durchschnittlichen Kosten der anerkannten und wirtschaftlichen Angebote der familienergänzenden Kinderbetreuung im Kanton gemäss den geprüften Kostenrechnungen der vorangegangenen Jahre von der Regierung festgelegt. Eine Entwicklung der Normkosten werde nicht zugelassen.

5 Vor diesem Hintergrund werde um eine rechtliche Begutachtung zu folgenden Fragestellungen gebeten:

- Unter welchen Voraussetzungen sind Eingriffe in die von der Verfassung geschützte Wirtschaftsfreiheit durch den Staat (Gemeinden, Kantone oder Bund) im Zusammenhang mit der Subventionierung von familienergänzender Bildung und Betreuung zulässig?
- Inwiefern stellen Normkostenmodelle mit und ohne Verbindung zu ergänzenden Bedingungen wie Maximaltarifen einen ungerechtfertigten Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar?

6 Im Hinblick auf diese Fragestellungen soll das Rechtsgutachten die Situation der privatrechtlich organisierten Anbieterinnen und Anbieter von familienergänzender Bildung und Betreuung beleuchten. Gewünscht wurde ferner, dass das Gutachten u.a. zwischen den verschiedenen Subventionsformen (Objekt- und Subjektfinanzierung) und zwischen den verschiedenen staatlichen Vorgaben (des Bundes und der Kantone) differenziert.

1.2 Hinweise zur Begutachtung

7 Mit Erstattung des vorliegenden Gutachtens kann nicht die Zusicherung verbunden sein, dass politische Behörden, Verwaltungsstellen oder Gerichtsbehörden bei der Beurteilung der entsprechenden Fragen zu denjenigen Auffassungen gelangen, welche vorliegend durch den Gutachter als zutreffend bezeichnet werden. Bestehende Unsicherheiten bei der Bewertung bestimmter rechtlicher Fragen werden im Bewusstsein dessen bestmöglich im Gutachten benannt.

1.3 Verwendete Literatur und Materialien

8 Die Abkürzungen werden gemäss den Gepflogenheiten des Bundesgerichts verwendet. Die für die Erstattung des Gutachtens verwendete Literatur, Judikatur und die Erlasse werden im Text oder in den Fussnoten näher aufgeführt. Für die Beantwortung der Gutachtensfragen wurde unter anderem folgende Literatur beigezogen (selbst wenn sie im Einzelnen nicht zitiert wird):

- BUNDI LIVIO, Die Subventionsüberprüfung im Rahmen von Art 5 SuG, in: Caroni Martina/Heselhaus Sebastian/Mathis Klaus/Norer Roland (Hrsg.), Auf der Scholle und in lichten Höhen, Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen/Baden-Baden 2011, S. 423 ff. (zit. Subventionsprüfung)
- BUNDI LIVIO, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit von Subventionen in der Schweiz und von Beihilfen in der EU, Diss. Luzern, Zürich 2016 (zit. Subventionen)
- EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHILIPPE/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar BV, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023
- ELSER DOMINIK, Die privatisierte Erfüllung von Staatsaufgaben, Diss. Zürich 2020

- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020
- HÄNNI PETER/STÖCKLI ANDREAS, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013
- HETTICH PETER, Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb: Vereinbarkeit mit den Grundsätzen der Wirtschaftsordnung, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 2021, S. 155 ff.
- HETTICH PETER/KOLMAR MARTIN/HOFFMANN MAGNUS/KOLLER JANNICK/MATHIS LUKAS, Wettbewerbsverzerrungen durch öffentliche Unternehmen, Zürich/St. Gallen 2017
- HOFSTETTER DAVID, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV) – Ausgewählte Aspekte, Zürich 2014
- JAAG TOBIAS/RÜSSLI MARKUS, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 4. Aufl., Zürich 2012
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018
- LIENHARD ANDREAS/ZIELNIEWICZ AGATA, in: Caroni Martina/Heselhaus Sebastian/Mathis Klaus/Norer Roland (Hrsg.), Auf der Scholle und in lichten Höhen, Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen/Baden-Baden 2011, S. 451 ff.
- MÖLLER FABIAN, Rechtsschutz bei Subventionen, Die Rechtsschutzmöglichkeiten Privater im Subventionsverfahren des Bundes unter Berücksichtigung der neueren Entwicklungen des nationalen und internationalen Subventions- und Beihilferechts, Diss. Basel 2006
- MÄCHLER AUGUST, Subventionsrecht, in: Biaggini Giovanni/Häner Isabelle/Saxer Urs/Schott Markus, Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, S. 859 ff.
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008
- MÜLLER MARKUS, Verhältnismässigkeit – Gedanken zu einem Zauberwürfel, 2. Aufl., Bern 2023
- OESCH MATTHIAS, Staatliche Subventionen und auswärtige Wirtschaftsteilnehmer, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 2012, S. 255 ff.
- POLEDNA TOMAS/TRÜMLER RALPH, Klarstellungen des Bundesgerichts bei der Restfinanzierung der Pflegekosten – mögliche Auswirkungen und Impulse, in: Pflegerecht – Pflege in Politik, Wissenschaft und Ökonomie, 2018/4, S. 215 ff. (zit. Klarstellungen)
- POLEDNA TOMAS/TRÜMLER RALPH, Pflegeheime – wer rudert, wer steuert?, in: NZZ vom 20. September 2018, S. 9 (zit. NZZ)
- POLTIER ETIENNE, Les subventions, in: Lienhard Andreas (Hrsg.), Finanzrecht SBVR Bd. X, Basel 2011, S. 343 ff.
- RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI/UHLMANN FELIX, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011
- RICHLI PAUL, Zur Wirtschaftsfreiheit in Deutschland, Italien, Österreich und in der Schweiz, in: Breitenmoser Stephan et al (Hrsg.), Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat, Liber amicorum Luzius Wildhaber, Zürich/Baden-Baden 2007, S. 648 ff.
- SCHOTT MARKUS, Staat und Wettbewerb – Der Schutz des institutionellen und des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigungen in der Schweiz und in der Europäischen Union, Zürich/St. Gallen 2010

- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015

9 Folgende Erlasse und Materialien wurden berücksichtigt:

Bund:

- Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK; SR 0.101)
- Bundesverfassung (BV; 101)
- Zivilgesetzbuch (ZGB; SR 210)
- Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10)
- Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen (SuG; SR 616.1)
- Bundesgesetz über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung (KBFHG; SR 861)
- Verordnung über die Aufnahme von Pflegekindern (PAVO; SR 211.222.338)
- Verordnung über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung (KBFHV; SR 861.1)
- Botschaft zu einem Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen vom 15. Dezember 1986, BBl 1987 I 369 ff.
- Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung vom 29. Juni 2016, BBl 2016 6377 ff.

Kantone:

- AG: Einführungsgesetz zum ZGB (EG ZGB; SAR 210.300)
- AG: Botschaft an den Grossen Rat Nr. 16.136 vom 22. Juni 2016 betreffend EG ZGB und EG OR, Totalrevision
- BS: Gesetz betreffend Tagesbetreuung von Kindern (TBG; BS 815.100)
- BS: Verordnung über die Betreuung von Kindern in Kindertagesstätten und Tagesfamilien (KTV; BS 815.110)
- GL: Kinderbetreuungsgesetz (KiBG; Nr. IV B/1/13)
- GL: Verordnung über den Vollzug des Kinderbetreuungsgesetzes (KiBV; Nr. IV B/1/15)
- GL: Verordnung über die Festsetzung der Pauschalbeiträge für die Kinderbetreuung (PauBV; Nr. IV B/1/14)
- GR: Gesetz über die Förderung der familienergänzenden Kinderbetreuung im Kanton Graubünden (KIBEG; BR 548.300)
- GR: Verordnung über die Förderung der familienergänzenden Kinderbetreuung im Kanton Graubünden (BR 548.310)
- NW: Gesetz über die familienergänzende Kinderbetreuung (KiBG; NG 764.1)
- NW: Vollzugsverordnung zum Kinderbetreuungsgesetz (kKiBV; NG 764.11)
- SH: Kantonale Pflegekinderverordnung (SHR 211.224)
- SZ: Kinderbetreuungsgesetz (KiBeG; GS 26-77; Abl 2022 1287; [Inkraftsetzung noch ausstehend]) und Mitberichtsentswurf zur vorgesehenen Kinderbetreuungsverordnung

- ZH: Verfassung des Kantons Zürich (KV; LS 101)
- ZH: Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG; LS 852.1)
- ZH: Kinder- und Jugendhilfeverordnung (KJHV; LS 852.11)
- ZH: Verordnung über die Tagesfamilien und Kindertagesstätten (V TaK; LS 852.14)
- ZH: Vorentwurf zur Änderung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes mit erläuterndem Bericht vom 10. Juni 2022 der Bildungsdirektion des Kantons Zürich

Gemeinden

- Stadt Zürich: Verordnung über die familienergänzende Kinderbetreuung in der Stadt Zürich (VO KB; AS 410.130)
- Stadt Winterthur: Verordnung über die Kinderbetreuung im Vorschulbereich sowie in Tagesfamilien der Stadt Winterthur (Kita-Verordnung; SRS 4.5-1)
- Stadt Winterthur: Reglement über die Kinderbetreuung im Vorschulbereich sowie in Tagesfamilien der Stadt Winterthur (Kita-Reglement; SRS 4.5-1.1)

2 Einleitung

- 10 Im Jahr 2021 wurden knapp zwei Drittel der Kinder unter 13 Jahren in der Schweiz familienergänzend betreut. Am häufigsten erfolgte die Betreuung durch Kindertagesstätten und schulergänzende Einrichtungen sowie durch Grosseltern. Die Statistik führt zu den institutionell betreuten Kindern aus, dass bei diesen ein zusätzlicher Bedarf von 11 % bestanden habe. Die Elternschaft machte hauptsächlich finanzielle Motive für diesen zusätzlichen Bedarf geltend. Etwas weniger häufig wurde das fehlende Angebot als Grund für die Betreuungslücke angegeben. Bei 7 % der Kinder, die nicht institutionell betreut wurden, war ebenso ein Bedarf an institutioneller Betreuung vorhanden und wurden auch hierfür hauptsächlich finanzielle Gründe angegeben¹. Festgestellt wurde weiter, dass die Ausgaben der Eltern für familienergänzende Kinderbetreuung erheblich variieren würden. Dies indessen nur beim Vergleich in absoluten Zahlen. Wird die zahlende Elternschaft in Einkommensklassen eingeteilt, so wurde durch das Bundesamt für Statistik festgestellt, dass die Ausgaben für die familienergänzende Kinderbetreuung als Anteil am Bruttoeinkommen «interessanterweise» über alle Einkommensklassen «relativ ähnlich» sind².
- 11 Dass die Ausgaben als Anteil am Bruttoeinkommen in verschiedenen Einkommensklassen «relativ ähnlich» bleiben, ist in erster Linie auf die hier bestehende erhebliche staatliche Einflussnahme mit Subventionen zurückzuführen. Private Angebote im Bereich der institutionellen familienergänzenden Betreuung und Bildung werden heute aber in den allermeisten Fällen nicht nur subventioniert, sondern durch kantonale Massnahmen (wie Auflagen in Leistungsvereinbarungen, Durchsetzung von Normkostenmodellen etc.) modelliert und nivelliert. Das Resultat dieser Entwicklung schlägt sich einerseits in der Statistik nieder. Andererseits wird dadurch der freie Wettbewerb unter den

¹ Vgl. Ziff. 7.3 des Statistischen Berichts 2021 zu «Familien in der Schweiz».

² Vgl. Ziff. 7 ff., insbesondere Ziff. 7.5, des vom Bundesamt für Statistik herausgegebenen Statistischen Berichts 2021 zu «Familien in der Schweiz»: In der untersten Einkommensklasse machen diese Ausgaben 5,4% des Bruttoeinkommens aus, im mittleren Drittel 6,5% und im obersten Drittel 6,9%.

Anbieterinnen negativ beeinflusst. Wie es sich damit und mit der Achtung der wirtschaftlichen Grundfreiheiten der Anbieterinnen verhält, soll nachstehend dargelegt werden.

3 Spezialgesetzliche Vorgaben bei familienergänzender Bildung und Betreuung

3.1 Die Pflegekinderaufsicht als Ausgangspunkt

- 12 Im Bereich der familienergänzenden Bildung und Betreuung wird die *Pflegekinderaufsicht* als staatliche Aufgabe definiert. Diese umfasst die Bereiche Familienpflege³, Tagespflege⁴ und institutionelle Heimpflege⁵ sowie Heimpflege betreffend Kinderkrippen, Kinderhorte und dergleichen⁶. Die Grundsätze und Modalitäten diesbezüglich sind in Art. 316 Abs. 1 ZGB und in der bundesrätlichen Verordnung über die Aufnahme von Pflegekindern geregelt. Das Bundesgericht hat mit Blick auf die staatlichen Regelungen der Pflegekinderaufsicht festgehalten, dass es sich in materieller Hinsicht um öffentliches Recht handelt⁷. Die Aufnahme von Minderjährigen ausserhalb des Elternhauses untersteht damit nach den Vorgaben des Bundes einer Bewilligungspflicht sowie einer staatlichen Aufsicht⁸. Die entsprechenden Aufsichtskompetenzen können einer geeigneten kantonalen oder kommunalen Behörde übertragen werden⁹. In Bezug auf die Bezeichnung der Bewilligungs- und Aufsichtsbehörden wird die Gesetzgebungszuständigkeit auf die Kantone erstreckt¹⁰.
- 13 Die Aufgaben und Pflichten der staatlichen Stellen im Bereich der Aufsicht über die familienergänzende Bildung und Betreuung leiten sich in erster Linie aus dem Bundesrecht ab. Grundsätzlich haben sich die Kantone an diese materiellen Vorgaben zu halten¹¹. Ergänzend können jedoch Bestimmungen zum Schutz von Minderjährigen, die ausserhalb des Elternhauses aufwachsen, erlassen werden¹². Ferner besteht eine thematisch umrissene kantonale Förderkompetenz für das Pflegekinderwesen¹³.
- 14 Einige Kantone haben im Bereich der Pflegekinderaufsicht schlanke ausführende Regelungen erlassen. Entsprechende Bestimmungen finden sich in Einführungsgesetzen zum ZGB¹⁴ oder in kurzgehaltenen kantonalen Pflegekinderverordnungen¹⁵. Bei anderen Kantonen gehören Bestimmungen

³ Art. 4 PAVO.

⁴ Art. 12 PAVO.

⁵ Vgl. Art. 13 Abs. 1 lit. a PAVO.

⁶ Vgl. Art. 13 Abs. 1 lit. b PAVO.

⁷ BGE 143 III 473, E. 2.3.3.

⁸ Vgl. Art. 316 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 1 Abs. 1 PAVO.

⁹ Vgl. Art. 2 Abs. 2 PAVO.

¹⁰ BGE 143 III 473, E. 2.3.1.

¹¹ Vgl. das Urteil des Bundesgerichts 5A.3/2003 vom 14. Juli 2003, E. 5.1 f., wonach die Kantone die materiellen Vorgaben der PAVO konkretisieren dürfen, sofern sie sich an den bundesrechtlichen Rahmen halten.

¹² Vgl. Art. 3 Abs. 1 PAVO; ferner Art. 29 Abs. 1 PAVO.

¹³ Vgl. Art. 3 Abs. 2 PAVO.

¹⁴ Im Kanton Aargau bestehen z.B. entsprechende rechtlichen Grundlagen im EG ZGB. Das kantonale Recht und die dazugehörigen Materialien beziehen sich lediglich auf die Zuständigkeiten und weisen diese ohne weitere materielle Ausführungen den Gemeinderäten am Standort der Tageseinrichtung zu (vgl. § 18 Abs. 2 EG ZGB und Botschaft an den Grossen Rat Nr. 16.136 vom 22. Juni 2016 betreffend EG ZGB und EG OR, S. 16 f.).

¹⁵ Vgl. etwa die regierungsrätliche Pflegekinderverordnung im Kanton Schaffhausen.

zur Pflegekinderaufsicht zu einem breiteren Regelungsbereich. Sie zählen etwa zur «Kinder- und Jugendhilfe» oder zur «Kinderbetreuung» und sind entsprechend in thematisch weiter gefassten Gesetzen und Verordnungen (mit-)enthalten. Es entsteht hierbei eine Spezialgesetzgebung, die nicht nur die Aufsichtsbelange regelt, sondern zumeist unter dem Titel der «Förderung» umfassend die familienergänzende Bildung und Betreuung reguliert. Die entsprechenden kantonalen und kommunalen Erlasse führen u.a. die Förderung von Betreuungsangeboten näher aus, enthalten hierbei Regelungen zu Beitragserhebungen nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit von Eltern, setzen Höchsttarife fest und nennen einzelne sozialpolitische Ziele für die Subventionierung der von Eltern beanspruchten privaten Angebote (etwa die Möglichkeit zur besseren beruflichen Integration von Eltern oder zur besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf). Mit Blick auf die Subventionsberechtigung von Eltern sind die Einkommens- und Vermögensgrenzen in aller Regel so breit gewählt, dass für private Anbieterinnen von Kindertagesstätten ein faktischer Zwang zum Angebot entsprechender Plätze und gegebenenfalls zum Abschluss entsprechender staatlicher Leistungsvereinbarungen entstehen kann¹⁶.

3.2 Weiterungen im kantonalen und kommunalen Recht

- 15 In Kantonen, welche eine solche Spezialgesetzgebung kennen, kommt es zu regulatorischen Weiterungen. Was damit gemeint ist, soll am Beispiel des Kantons Zürich und der Stadt Zürich veranschaulicht werden. Die staatliche Aufgabe der Pflegekinderaufsicht bildet hier nur einen kleineren Teilbereich des umfassenderen Kinder- und Jugendhilferechts. In einzelnen Bestimmungen des kantonalen Kinder- und Jugendhilfegesetzes und im ausführenden Verordnungsrecht werden zwar auch die Bewilligungserfordernisse und die Modalitäten der Aufsicht konkretisiert, welche dann die Gemeinden wahrzunehmen und auszuführen haben¹⁷, doch gehört es nicht zur staatlichen Aufgabe der Pflegekinderaufsicht, wenn innerhalb der gleichen Bestimmungen des kantonalen Gesetzes die Gemeinden zur Sicherstellung eines bedarfsgerechten Angebots an familienergänzender Betreuung und zur Leistung eigener Kostenbeiträge verpflichtet werden (wobei auch festgeschrieben wird, dass Elternbeiträge höchstens kostendeckend sein dürfen)¹⁸. Eine solche Regulierung bettet sich zwar in Aufsichtsrecht, hat indessen einen sozial- und wirtschaftspolitischen Einschlag. Dieser wird sich mit einer Gesetzesrevision im Kanton Zürich noch akzentuieren. In einem neuen § 18 KJHG wird die Kostenbeteiligung von Zürcher Gemeinden im Bereich der familienergänzenden Bildung und Betreuung weiter (und fortan prozentual genau) konkretisiert und sollen sich kommunale Subventionsmodelle künftig an einem «Muster-Subventionsmodell» des Kantons orientieren können¹⁹. Die

¹⁶ Vgl. in diesem Zusammenhang auch das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich AN.2020.00005 vom 7. September 2021, E. 4.3.4.

¹⁷ Vgl. §§ 18 ff. KJHG (ZH), insbesondere § 18a Abs. 1 und § 18b Abs. 1 KJHG (ZH) sowie die Bestimmungen in der V Tak (ZH).

¹⁸ § 18 Abs. 1-3 KJHG (ZH).

¹⁹ Vgl. den Vorentwurf zum KJHG (ZH) mit erläuterndem Bericht vom 10. Juni 2022, S. 3 und 13 und dort die Regelung von § 14 lit. f.

Elternschaft hat nach den neuen kantonalen Regelungen dann die auf Verordnungsstufe konkretisierten anrechenbaren Kosten pro Platz zu übernehmen²⁰. Gleichzeitig wird es künftig privaten Anbieterinnen und Anbietern von Gesetzes wegen untersagt sein, das vom Staat im subventionierten Bereich definierte «Grundangebot» marktwirtschaftlich auszugestalten²¹.

- 16 Die geplanten Änderungen im kantonalen Recht dürfen indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass sehr ähnliche Regelungen teilweise heute schon im kommunalen Recht und in einzelnen ausführenden Leistungsvereinbarungen mit Anbieterinnen und Anbietern bestehen. So legt beispielsweise die Stadt Zürich das zulässige Grundangebot an familienergänzender Bildung und Betreuung in ihrem Regelungsbereich fest²², regelt diesbezüglich die Elternbeiträge²³ und reguliert die subventionierten Leistungen mit einem Finanzierungsmodell, dass auf einem «Normkostensatz» für einen «standardisierten Betreuungsplatz» basiert sowie auf «Normöffnungstage» und «Normöffnungszeiten» abstellt²⁴. Das kommunale Recht verpflichtet alle Anbieterinnen, welche subventionierte Betreuungsplätze auf städtischem Gebiet anbieten wollen (und/oder aus wirtschaftlichen Gründen anbieten müssen), zur Verrechnung der Elternbeiträge nach dem aus diesem System abgeleiteten Tarif. In jeder Leistungsvereinbarung wird ein Kostensatz pro Betreuungstag auf der Basis von Normkosten festgelegt und darf dann die Subjektsubvention *zusammen mit den Elternbeiträgen* maximal die Höhe dieses vereinbarten Kostensatzes betragen²⁵. Für Leistungen von Anbieterinnen, die in zeitlicher Hinsicht über den subventionsberechtigten Betreuungsumfang pro Woche hinausgehen bzw. ausserhalb von definierten Normöffnungszeiten liegen, dürfen die Anbieterinnen die Tarife selbst bestimmen²⁶. Bei der inhaltlichen Ausgestaltung des Angebots werden den Anbieterinnen indessen keine Freiheiten zugestanden, da in den Leistungsvereinbarungen der Betreuungsumfang durch die Stadt Zürich vorgegeben ist und es diesbezüglich den Anbieterinnen nur gerade in drei namentlich genannten Fällen (von zeitlichen Mehrleistungen) erlaubt wird, eine zusätzliche Vergütung von Eltern zu verlangen. Der privatwirtschaftliche Spielraum der Anbieterinnen beschränkt sich namentlich darauf, mehr Betreuungsstunden pro Tag oder mehr Betreuungstage pro

²⁰ Vgl. den Vorentwurf zum KJHG (ZH) mit erläuterndem Bericht vom 10. Juni 2022, S. 26 und dort die Regelung von § 18 Abs. 5.

²¹ Nur bei klar abgrenzbaren, freiwillig beziehbaren Zusatzangeboten, die mit der eigentlichen Aufgabe der Betreuung und Bildung wenig bis nichts mehr zu tun haben (z.B. Schwimmkurse während der Betreuungszeit, Transportdienst), dürfen die Anbieterinnen über die anrechenbaren Kosten hinausgehende Elternbeiträge erheben. § 18 Abs. 3 lit. b des Vorentwurfs zum KJHG schützt in diesem Sinne das *staatlich festgelegte Grundangebot* und lässt diesbezüglich keine marktwirtschaftliche Ausgestaltung zu. Nicht vom Grundangebot abgrenzbare Leistungen wie z.B. tieferer Betreuungsschlüssel, biologisches Essen, Zweisprachigkeit dürfen sich «nicht in Elternbeiträgen niederschlagen, die über die anrechenbaren Kosten pro Platz hinausgehen»; vgl. den Vorentwurf zum KJHG mit erläuterndem Bericht vom 10. Juni 2022, S. 23 f.

²² Gemäss Art. 19 Abs. 2 und 3 VO KB (Stadt Zürich), wird in Leistungsvereinbarungen die zu erbringende Leistung sowie der Kostensatz als Grundlage für die Abgeltung der Betreuungskosten festgelegt, wobei hierfür gemäss § 20 Abs. 2 VO KB i.V.m. Anhang 1 VO KB der «Normkostensatz, der die Tageskosten für einen standardisierten Betreuungsplatz abdeckt» hoheitlich festgelegt wird.

²³ Vgl. Art. 10 ff. VO KB (Stadt Zürich)

²⁴ Vgl. Art. 20 Abs. 1, 3 und 4 VO KB (Stadt Zürich) sowie Anhang 1 VO KB (Stadt Zürich).

²⁵ Vgl. Art. 20 Abs. 1, i.V.m. Art. 19 Abs. 5 VO KB (Stadt Zürich).

²⁶ Vgl. Art. 19 Abs. 4 VO KB (Stadt Zürich).

Woche bzw. Jahr anzubieten (als es das subventionierte Grundangebot vorsieht)²⁷. Andere oder weitere Angebote respektive Mehrleistungen inhaltlicher Natur, die über das Grundangebot eines «standardisierten Betreuungsplatzes» hinausgehen, sind nicht möglich respektive wird die Weiterverrechnung an Eltern durch die Stadt Zürich untersagt. Die Stadt führt diesbezüglich bei den Anbieterinnen Stichprobenkontrollen durch und überprüft die in Rechnung gestellten Elternbeiträge²⁸. Wird festgestellt, dass sich eine Anbieterin nicht an die Vorgaben in der Leistungsvereinbarung hält, so kann ein «Aufnahmestopp» angeordnet oder die Leistungsvereinbarung seitens der Stadt gekündigt werden²⁹.

- 17 Die vorstehend dargestellten Weiterungen im Recht einzelner Kantone und Gemeinden sind lediglich ein Beispiel. Schweizweit finden sich zurzeit noch unterschiedliche Subventionssysteme. Dabei fällt auf, dass Gemeinwesen, die noch nicht auf neue Modelle umgestellt haben, sich nicht im gleichen rechtlichen Spannungsfeld befinden wie andere, die dem Trend von Normkostenmodellen bereits folgen³⁰. In Anwendung der neuen Modelle werden namentlich «Grundangebote» für die familienergänzende Bildung und Betreuung staatlich festgelegt. Hierfür werden beispielsweise die standardisierten Betriebskosten und ihre Finanzierung durch die Eltern und die öffentliche Hand hoheitlich festgelegt respektive werden entsprechende Parameter gesetzlich fixiert³¹. Dass dabei numerisch festgeschriebene «Maximalwerte für Pauschalbeiträge der öffentlichen Hand» und Maximalwerte bzw. «Zielgrössen» für Elternbeiträge sowie ein staatlich definierter «Aufwand der

²⁷ Der vom Sozialdepartement der Stadt Zürich den Anbieterinnen vorgelegte «Kontrakt» führt die entsprechenden Regelungen unter dem Titel «Zusätzliche Leistungen» aus.

²⁸ Art. 18bis Abs. 5 VO KB (Stadt Zürich).

²⁹ Vgl. Art. 18bis Abs. 3 und 4 VO KB (Stadt Zürich), im Falle eines Aufnahmestopps wird es der Anbieterin untersagt, bis zu einer Dauer von maximal einem Jahr neue subventionierte Betreuungsplätze zu vergeben.

³⁰ Etwas ältere kommunale Regelungen tragen liberalere Züge: Beispielsweise ist etwa im kommunalen Recht der Stadt Winterthur, welches 2014 erlassen wurde, ein Mindestbeitrag der Erziehungsberechtigten festgeschrieben aber kein Maximalbetrag. Der maximale Elternbeitrag pro Betreuungstag hängt vom Tagestarif der betreuenden Einrichtung ab. Der Betrag ist gegen oben nicht beschränkt. Für den Fall, dass der von der Anbieterin festgelegte Tagestarif die Summe aus dem Mindestbeitrag der Eltern und dem maximalen städtischen Beitrag übersteigt, haben die Eltern die Differenz unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu tragen, vgl. Art. 12 Abs. 2 und Art. 16 Kita-Verordnung (Stadt Winterthur) und Art. 20 Kita-Reglement (Stadt Winterthur). Bei Gemeinden, die Betreuungsgutscheine ausgeben, besteht oft ein liberaler Ansatz: Anbieterinnen können ihr Angebot und ihre Tarifstruktur festsetzen und die Eltern haben mit den Gutscheinen die freie Wahl, wo sie diese einlösen möchten.

³¹ Der Begriff «Fixierung» passt insbesondere in Fällen, in welchen der Gesetzgeber eine automatische Entwicklung bzw. Anpassung von Normkosten (etwa an die Teuerung) nicht zulässt. Beispielsweise findet im Kanton Graubünden ein Normkostenmodell Anwendung, bei welchem der Tarif von Anbieterinnen festgesetzt wird, aber nicht über den regierungsrätlichen Höchstattarif hinausgehen darf. Eine automatische Entwicklung der Normkosten wird nicht zugelassen, sondern findet lediglich eine «periodische Überprüfung» statt, vgl. Art. 6 Abs. 2 der Verordnung über die Förderung der familienergänzenden Kinderbetreuung im Kanton Graubünden

Kindertagesstätten je Betreuungsplatz und -tag» automatisch zu einer Modellierung und Nivellierung des privaten Angebots führen, liegt auf der Hand³². Ob dies mit den Grundsätzen des Verfassungsrechts und des Subventionsrechts vereinbar ist, ist mit Blick auf die nachfolgenden Überlegungen fraglich.

3.3 Grundsätze des Subventionsrechts

18 Dogmatisch werden grundsätzlich zwei (zulässige) Formen von Subventionen³³ unterschieden: Die Subventionierung mittels Abgeltung und mittels Finanzhilfe. Abgeltungen setzen eine genügende gesetzliche Grundlage voraus. Sie können zum Ausgleich oder zur Milderung von finanziellen Lasten von Privaten vorgesehen sein, die durch eine Übernahme und Erledigung von öffentlichen Aufgaben für den Staat entstehen. Folglich hat das Ausrichten einer Abgeltung (im Sinne von Art. 3 Abs. 2 SuG) immer mit der Übertragung und Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zu tun (Zweckbindung). Mit der Zahlung wird eine Leistung eines Dritten abgegolten, die ansonsten der Staat (in eigener Aufgabenerfüllung) selbst zu erledigen hätte – womit stets ein synallagmatisches Verhältnis besteht. Geht es demgegenüber nicht um die Übernahme von staatlichen Aufgaben, sondern besteht eine von Privaten selbst gewählte Tätigkeit, die indessen im öffentlichen Interesse liegt, so kann der Staat unter der Voraussetzung einer genügenden gesetzlichen Grundlage die entsprechende Tätigkeit finanziell unterstützen. Solche Finanzhilfen (im Sinne von Art. 3 Abs. 1 SuG) dienen der Erhaltung und Steuerung vorwiegend privatwirtschaftlicher Tätigkeiten, mit denen gewichtige öffentliche Interessen zwar verbunden sind, aber hinsichtlich derer Private keine Verfolgungs- bzw. Erfüllungspflicht trifft³⁴. Welche öffentlichen Interessen für die Gewährung von Finanzhilfen im Einzelfall in Betracht fallen, ist eine Wertungs- und Auslegungsfrage. Orientierung bietet hierbei im Wesentlichen die Verfassung und die anwendbare (Spezial-)Gesetzgebung. Üblicherweise ergeben sich daraus sozial- oder umweltpolitische Interessen oder allenfalls polizeiliche Interessen, die das Errichten von Subventionssystemen und das Ausrichten von Finanzhilfen rechtfertigen können. Sind Subventionssysteme und darauf bestehende Finanzhilfen aber auch mit wirtschaftspolitischen Interessen verbunden oder sind solche nicht auszuschliessen, ist eine kritische Auseinandersetzung angezeigt: Hier bestehen spezielle wirtschaftsverfassungsrechtliche Vorgaben, auf welche noch näher einzugehen sein wird.

19

³² Vgl. z.B. im Recht des Kantons Glarus Art. 7 Abs. 1 lit. b und Art. 9 KiBG (GL) und Art. 1 ff. PauBV (GL); im Recht des Kantons Nidwalden, vgl. Art. 5 Abs. 2 Ziff. 6 und Art. 8 Ziff. 1 KiBG (NW) und §§ 6 und 8 kKiBV (NW); im Recht des Kantons Basel-Stadt als «Modellkosten» bezeichnet in § 15 Abs. TBG 2 (BS) i.V.m. § 18 und 23 KTV (BS); im Recht des Kantons Graubünden vgl. Art. 6 f. KiBEG (GR) und Art. 6 der Verordnung über die Förderung der familienergänzenden Kinderbetreuung im Kanton Graubünden; vgl. ferner das noch nicht in Kraft stehende Recht des Kantons Schwyz, mit welchem ebenfalls in § 10 KiBeG (SZ) und dem dazugehörigen künftigen Verordnungsrecht die konkreten Voraussetzungen für Subventionen definiert und über ein Normkostenmodell die unterschiedlichen Standards der Angebote festgelegt werden sollen.

³³ Auf die anspruchsvolle und wechselvolle Entwicklung des Subventionsbegriffs im schweizerischen Recht wird an dieser Stelle nicht weiter eingegangen, vgl. dazu aber ausführlich BUNDI, Subventionen, S. 1 ff.

³⁴ ELSER, S. 10.

Weder die Verfassung noch das Subventionsgesetz des Bundes (das eine Art «Allgemeiner Teil» des Subventionsrechts der Schweiz darstellt³⁵) noch die bundesrechtlichen Regelungen über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung³⁶ legitimieren Subventionssysteme und Finanzhilfen mit wirtschaftspolitischem Charakter. Aus den Bestimmungen des Bundes und den entsprechenden Gesetzesmaterialien ergibt sich grundlegend, dass die im Bereich der familienergänzenden Kinderbetreuung gewährten Finanzhilfen eine sozialpolitische Zielsetzung haben sollen – eine wirtschaftspolitische Ausrichtung von Subventionen in diesem Bereich erscheint aufgrund dessen von vornherein sachfremd. Konkret besteht das (übergeordnete) sozialpolitische Ziel, dass die Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit weiter gefördert wird und dass ein noch besser auf die Bedürfnisse der erwerbstätigen Eltern abgestimmtes Angebot besteht³⁷.

- 20 Betrachtet man nun wie die neuen Subventionssysteme im Bereich der familienergänzenden Bildung und Betreuung aufgebaut sind respektive angewendet werden, so fällt auf, dass dort im Wesentlichen zwischen Subjekt- und Objektfinanzierung unterschieden wird und diese beiden Finanzierungsformen auf Normkostenmodellen und entsprechend umsetzenden Leistungsvereinbarungen basieren, die das Angebot an familienergänzender Bildung und Betreuung bei privaten Anbieterinnen nivellieren und gleichmachen. Solche und weitere Auswirkungen auf die privatwirtschaftliche Tätigkeit von Anbieterinnen werden soweit ersichtlich bei Regulierungsfolgeabschätzungen nicht thematisiert. Typischerweise fokussieren Gesetzesmaterialien auf die sozialpolitischen Ziele, wie die Erweiterung der Möglichkeiten der Eltern. Diese würden mit den kantonalen Subventionen ihr Arbeitspensum erhöhen oder in ihrem Beruf tätig bleiben können. In diesem Zusammenhang wird auch ausgeführt, dass sich die Sozialhilfeabhängigkeit von Eltern verringern, die Altersvorsorge von Eltern verbessern und das Fachkräftepotenzial besser ausschöpfen lassen soll. Einer qualitätsvollen familienergänzenden Kinderbetreuung wird zudem eine integrative Wirkung zugeschrieben³⁸.
- 21 Die neuen kantonalen Subventionsmodelle sollen diese sozialpolitischen Ziele verfolgen respektive entsprechende sozialpolitische Wirkungen zeitigen. Es sind die einzig geltend gemachten und anvisierten Ziele und Interessen. Auch der Bund respektive der Bundesrat betonte in den letzten Jahren immer wieder die entsprechende Motivation: Um die Drittbetreuungskosten der Eltern zu senken, sei es nötig, dass die Kantone und Gemeinden mehr Mittel in die familienergänzende Kinderbetreuung investieren, indem sie entweder mehr Betreuungsplätze subventionieren oder indem sie ihre Subventionskriterien so anpassen, dass einerseits mehr Eltern von den Subventionen profitieren können oder andererseits die Eltern durch höhere Subventionen stärker entlastet werden³⁹. Doch stimmt die Stossrichtung der neuen Finanzierungs- bzw. Subventionsmodelle der Kantone

³⁵ Vgl. BUNDI, Subventionsprüfung, S. 425.

³⁶ Vgl. das KBFHG und die KBFHV.

³⁷ Vgl. BBI 2016 6377, 6378 und 6385 ff. sowie 6416; ferner Art. 1 Abs. 1, Art. 3a Abs. 1 und Art. 3b Abs. 1 KBFHG.

³⁸ Vgl. etwa den Vorentwurf zum KJHG (ZH) mit erläuterndem Bericht vom 10. Juni 2022, S. 1 f.

³⁹ Vgl. BBI 2016 6377, 6387 f.

mit diesen Zielsetzungen überein? Woher kommen die neuen Finanzierungs- bzw. Subventionsmodelle überhaupt? Und haben sie gegebenenfalls wettbewerbsverzerrende oder wettbewerbsausschliessende Effekte, die unzulässig sind?

3.4 Zur Herkunft der Normkostenmodelle

- 22 Die kantonalen Subventionsmodelle, die aktuell im Bereich der familienergänzenden Bildung und Betreuung eingeführt sind oder werden, orientieren sich wie erwähnt grösstenteils an Normkosten und nivellieren damit die staatlichen Beiträge und die Tarife der Anbieterinnen⁴⁰. Bei der subventionierten familienergänzenden Bildung und Betreuung kommt es damit zu einem Diktat des Preises und des Angebots, so wie es in anderen Bereichen sehr ähnlich der Fall ist: Nach der Einführung der neuen Pflegefinanzierung im Jahr 2011 haben die Kantone jenen weiten Ermessensspielraum genutzt, den ihnen das Krankenversicherungsgesetz (KVG) hinsichtlich der sog. Restfinanzierung der Pflegekosten eingeräumt hat⁴¹. Sie haben in der Folge ein aus dem Spitalbereich bekanntes Instrument adaptiert, wonach Fallpreispauschalen anhand von Benchmarks vergleichbarer Spitäler festgelegt werden. Es wurde damit begonnen, auch im Pflegebereich mit Normkosten zu rechnen. Mit den definierten Höchstgrenzen für Beiträge der öffentlichen Hand an die Pflegekosten fand eine Nivellierung der Pflegeheimfinanzierung statt – mit negativen Folgen für die Pflegeheime und alsbald auch für die dort gepflegten Personen⁴².
- 23 Nun scheint eine Adaption der Normkostenmodelle im Bereich der familienergänzenden Bildung und Betreuung stattzufinden, was mit Blick darauf, dass hier die privaten Anbieterinnen nicht primär eine staatliche Aufgabe erfüllen, sondern sie sich in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen befinden, mit denen ein öffentliches Interesse verbunden wird, nicht durchdacht erscheint. Dass es in einer solchen Konstellation zu einer Missachtung von verfassungsrechtlichen Grundsätzen und Rechten der Anbieterinnen kommen kann, scheint auf der Hand zu liegen. Darauf ist nachstehend einzugehen.

3.5 Sozial- oder wirtschaftspolitisch motivierte Subjekt- und Objektfinanzierung?

- 24 Sowohl die Subventionierung, die bei Elterntarifen ansetzt (Subjektfinanzierung), als auch die Subventionierung, bei welcher eine staatliche (Mit-)Finanzierung der Kosten der Anbieterinnen erfolgt (was wiederum indirekt zu einem tieferen Elterntarif führen soll und deshalb auch als indirekte Subjektfinanzierung oder Objektfinanzierung bezeichnet wird), fokussiert vordergründig auf die Situation von Eltern mit Kindern aus tendenziell einkommensschwächeren Haushalten sowie mittleren

⁴⁰ Vgl. dazu vorne Rz. 17 mit den entsprechenden Hinweisen in den Fussnoten.

⁴¹ Art. 25a Abs. 5 Satz 2 KVG lautet: «Die Kantone regeln die Restfinanzierung.»

⁴² Vgl. zum Ganzen und zum Einschreiten des Bundesgerichts POLEDNA/TRÜMPLER, NZZ, S. 9 und POLEDNA/TRÜMPLER, Klarstellungen, S. 215 ff. sowie das Urteil des Bundesgerichts 9C_446/2017 vom 20. Juli 2018.

Einkommensgruppen. Sowohl Subjekt- als auch Objektfinanzierung wollen einen Ausgleich der elterlichen Leistungsfähigkeit bewirken⁴³. Bei näherer Betrachtung der Subjekt- und Objektfinanzierungen in den einzelnen Kantonen wird die hierzu deklarierte sozialpolitische Triebfeder indessen schnell fraglich. Dies ist vor allem bei Normkostenmodellen der Fall, welche mit Vorgaben und Auflagen verbunden sind und so das private Angebot nivellieren bzw. damit die privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit von Anbieterinnen limitieren.

25 Es geht konkret um jene kantonalen Vorgaben in Gesetzen und Verordnungen und um jene Auflagen in Leistungsvereinbarungen, mit denen sich offensichtlich nicht «mehr Betreuungsplätze subventionieren» lassen oder mit denen eben nicht «mehr Eltern von den Subventionen profitieren können oder andererseits die Eltern durch höhere Subventionen stärker entlastet werden»⁴⁴. Zahlreiche heute umgesetzte Vorgaben und Auflagen haben keine oder nicht primär solche sozialpolitische Wirkung, sondern zeigen einen wirtschaftspolitischen Charakter. Dies ist insbesondere dort der Fall, wo es privaten Anbieterinnen und Anbietern hoheitlich untersagt wird, das vom Staat im subventionierten Bereich definierte «Grundangebot» marktwirtschaftlich auszugestalten oder zu ergänzen respektive Leistungen, die über einen «standardisierten Betreuungsplatz» hinausgehen, im Bereich Bildung und Betreuung anzubieten (vgl. die Beispiele vorne in Rz. 15 f. betreffend die geplante Gesetzesrevision im Kanton Zürich und das kommunale Beispiel der Stadt Zürich). Mit entsprechenden Systemen wird nicht eine von Privaten selbst gewählte privatwirtschaftliche Tätigkeit mit Blick auf die Verfolgung von zulässigen öffentlichen Interessen gefördert, sondern wird staatliche Struktur- bzw. Wirtschaftspolitik betrieben, indem das Spiel von Angebot und Nachfrage limitiert oder ausgeschaltet wird.

26 Wie ist nun aber die Zulässigkeit eines solchen Subventionssystems verfassungsrechtlich zu beurteilen? Die Subjekt- oder Objektfinanzierung respektive die damit verbundene Gewährung von Subventionen stellt staatliches Handeln dar, das verfassungsrechtlichen Grundsätzen zu entsprechen hat. Dazu gehört etwa die Einhaltung des Legalitätsprinzips oder die Achtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit. Subjekt- oder Objektfinanzierungen können zudem aus Sicht des Wirtschaftsverfassungsrechts unzulässig sein – etwa, wenn im freien Wettbewerb bei Privaten staatlich definierte Angebote entstehen, die primär dazu dienen, bestehende Strukturen zu sichern oder die den Wettbewerb übermässig limitieren oder gar ausschalten, was nachstehend ausgeführt wird.

4 Betrachtungen aus verfassungsrechtlicher Sicht

4.1 Rechtsstaatliche Grundordnung und Subventionen

27 Die Betreuung von Kindern durch Private stellt eine privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit dar. Anders als in anderen Rechtsordnungen genießt in der Schweiz jede auf Erwerb gerichtete privatwirtschaftliche Tätigkeit in dem Sinne einen weitreichenden grundrechtlichen Schutz, als sich dieser aus

⁴³ Vgl. beispielsweise den Vorentwurf zum KJHG (ZH) mit erläuterndem Bericht vom 10. Juni 2022, S. 23: «Auch eine Beteiligung in Form einer Objektfinanzierung muss sich in einer Reduktion der anrechenbaren Kosten pro Platz zugunsten der Eltern niederschlagen».

⁴⁴ Vgl. vorne Rz. 21; zum Zitat vgl. BBl 2016 6377, 6387 f.

der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV zusammen mit den sog. Schrankennormen in Art. 94 Abs. 1 und 4 BV ergibt und zugleich individualrechtlich wie auch institutionell ausnimmt⁴⁵. Aus der Verfassung leiten sich sodann weitere Aspekte wie etwa der Grundsatz der Gleichbehandlung direkter Konkurrenten oder der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität des Staates ab. Auch diese Aspekte dienen der Sicherung des wirksamen Wettbewerbs, der rechtsgleichen Behandlung einzelner Marktteilnehmer und der staatlich ungehinderten, wirtschaftlichen Entfaltung des Einzelnen. Im Hinblick auf Rechtsprechung und Lehre ist es nicht vermessen zu sagen, dass die aus der Verfassung abgeleiteten Aspekte zumindest für die auf Erwerb gerichtete privatwirtschaftliche Tätigkeit in der Schweiz zugleich den Rahmen bilden, wie auch einen spezifischen wirtschaftsfreiheitlichen Schutz vermitteln. Dieser *wirtschaftsfreiheitliche Schutzschirm* hat grundsätzlich bei jeglicher Art und Form staatlichen Handelns nach Massgabe der Verfassung⁴⁶ Beachtung und Gewährleistung zu finden, das heisst auch etwa bei nicht hoheitlichem Verwaltungshandeln⁴⁷ und im Bereich der Leistungsverwaltung⁴⁸.

28 Das, was hier als «wirtschaftsfreiheitlichen Schutzschirm» beschrieben wird, stellt nichts anderes als das Wesen oder den Kern der Schweizerischen Wirtschaftsordnung dar: Aus der Trias von Art. 27 BV (d.h. dem *Grundrecht* der Wirtschaftsfreiheit), Art. 94 Abs. 1 BV (d.h. dem *Grundsatz* der Wirtschaftsfreiheit) und Art. 94 Abs. 4 BV (d.h. jener Bestimmung, die eine besondere Grundlage auf Verfassungsstufe voraussetzt, wenn mittels staatlicher Massnahmen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abgewichen werden soll) sowie weiteren wirtschaftsbezogenen Grundrechten (wie Eigentums-garantie, Niederlassungsfreiheit oder Koalitionsfreiheit) und einzelnen wirtschaftsbezogenen Kompetenz- und Zielnormen der Verfassung (wie z.B. Art. 95 Abs. 2 BV oder Art. 96 BV) ergibt sich, dass in der Schweiz eine im Grundsatz freiheitliche, marktwirtschaftliche Ordnung besteht, die auf Privatautonomie beruht. Aus dieser vom Verfassungsgeber beschriebenen Wahl des Wirtschaftssystems schallt die Aufforderung an (alle) staatlichen Behörden und (alle) weiteren Träger öffentlicher Aufgaben, eine «grundsätzlich staatsfreie» Ordnung zu errichten und zu gewährleisten, sodass die privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit nicht in einem «durch den Staat behinderten oder gelenkten

⁴⁵ Zur «Sonderstellung» und dem «besonderen Schutz» der Wirtschaftsfreiheit in der Schweiz im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen, vgl. RICHLI, S. 669; ferner sprechen RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 Rz. 1 ff. von einer «im internationalen Vergleich wohl einzigartige[n] systembezogene[n] Funktion» dieses Grundrechts und führen dies an anderer Stelle mit der «Eigenart des Schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts» aus, vgl. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 4 Rz. 90 ff.

⁴⁶ Insbesondere nach Massgabe von Art. 36 BV und Art. 94 Abs. 4 BV.

⁴⁷ «Verletzungen der Wirtschaftsfreiheit, die nicht auf Verfügungen beruhen sind gleichfalls verfassungswidrig», SCHOTT, N 791; ferner hat das Bundesgericht z.B. klargestellt, dass der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität auch bei privatwirtschaftlicher Staatstätigkeit gilt, vgl. BGE 138 I 378, E. 9.1.

⁴⁸ Als Leistungsverwaltung wird jenes staatliche Handeln bezeichnet, mit welchem wirtschaftliche und soziale Leistungen vermittelt werden. Das auch hier eine Bindung an die Grundrechte und die rechtsstaatlichen Grundsätze (wie das Legalitätsprinzip) besteht, scheint heute unbestritten zu sein; vgl. LIENHARD/ZIELNIEWICZ, S. 464 mit zahlreichen Verweisen; BGE 141 V 688, E. 4.2.2 ff., BGE 138 I 378, E. 7.2; BGE 131 I 313, E. 5.4; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 36 ff. und N. 379 ff.; LIENHARD/ZIELNIEWICZ, S. 452, stellen indessen auch fest, dass in der Praxis (vor allem im Bereich der Subventionen) noch nicht von einer gefestigten Anwendung des Legalitätsprinzips gesprochen werden kann.

Wettbewerb» bestehen muss⁴⁹. Wie auch das Bundesgericht feststellt, geht die herrschende Lehre davon aus, dass sich aus der geltenden Wirtschaftsverfassung ein «Grundsatzentscheid für eine privatwirtschaftliche Wirtschaftsordnung» ableitet, womit auch «die wirtschaftliche Tätigkeit grundsätzlich den Privaten vorbehalten ist»⁵⁰ und von diesen frei ausgeübt werden darf.

29 Das grundsätzliche Bekenntnis zur freien Marktwirtschaft bedeutet allerdings nicht, dass es gar keine staatliche Einflussnahme auf privatwirtschaftliches Geschehen geben soll⁵¹. Eine Einflussnahme ist insbesondere aus polizeilichen, sozial- oder umweltpolitischen Gründen in Beachtung der rechtsstaatlichen Grundsätze möglich, wenn zugleich eine korrekte Beurteilung der Auswirkungen auf den Wettbewerb stattfindet und diese hinnehmbar bleibt⁵². Soweit jedenfalls eine staatliche Massnahme nicht von einer zulässigen Zielsetzung abweicht oder in der Wirkung über diese Zielsetzung hinauschießt⁵³ und die Auswirkungen der Massnahme auf den Wettbewerb lediglich als «Nebeneffekte» angesehen werden können – d.h. die zentralen Elemente des Marktmechanismus bleiben bestehen respektive das Spiel von Angebot und Nachfrage ist nicht durch den Staat ausgeschaltet⁵⁴ – so ist eine Massnahme grundsatzkonform und gewisse wirtschaftslenkende oder wettbewerbsverzerrende (Neben-)Effekte sind zu akzeptieren⁵⁵. Werden mit einer staatlichen Massnahme hingegen protektionistische Ziele verfolgt oder überwiegend wettbewerbsverzerrende oder wettbewerbsausschliessende Effekte erzielt, so richtet sich das staatliche Handeln primär gegen den Wettbewerb und ist mit den Grundsätzen des Wirtschaftsverfassungsrechts nicht mehr vereinbar⁵⁶. Ergänzend muss gesagt werden, dass sich aus Art. 94 BV nicht nur ein Wettbewerbsverzerrungsverbot (sog. negative Wettbewerbsgarantie) ableitet, sondern die Gemeinwesen im Grundsatz auch dazu verpflichtet sind, möglichst wettbewerbsfreundliche Lösungen zu treffen (sog. Wettbewerbsoptimierungsgebot)⁵⁷. Dies gilt sowohl in der Eingriffsverwaltung als auch im Bereich der Leistungsverwaltung.

30 Wenn es konkret um Subventionen geht, ist der Staat sowohl bei Wahrnehmung seiner Regelungskompetenz (Rechtssetzung) als auch bei Wahrnehmung der entsprechenden Verwaltungstätigkeit (Rechtsanwendung) an die Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze gebunden. In der Rechtslehre werden in diesem Kontext u.a. die Grundsätze der Gesetzmässigkeit, der Rechtsgleichheit, des

⁴⁹ Vgl. zu dieser Umschreibung RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, u.a. in § 4 Rz. 63 und Rz. 69; ferner KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 31 Rz. 11.

⁵⁰ BGE 138 I 378 E. 6.3.2; vgl. diesbezüglich auch HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 1718;

⁵¹ Vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 31 Rz. 14.

⁵² RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 4 Rz. 54 ff., insbesondere Rz. 60 und 61.

⁵³ HETTICH, S. 163, geht von einer (unzulässigen) Wettbewerbsverzerrung aus, wenn «die durch eine staatliche Intervention induzierte Wettbewerbsveränderung vor dem Hintergrund der angestrebten normativen Ziele als problematisch erachtet werden muss», vgl. auch den Hinweis auf HETTICH/KOLMAR/HOFFMANN/KOLLER/MATHIS, S. 115, die in diesem Zusammenhang auf die Notwendigkeit einer «klaren Vorstellung der normativen Ziele» hinweisen. Nach der hier vertretenen Ansicht kann sich diese «klare Vorstellung» der normativen Ziele bei einem staatlichen Subventionssystem nur aus der Auslegung der betreffenden Subventionserlasse ergeben.

⁵⁴ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 4 Rz. 60.

⁵⁵ Vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 31 Rz. 63.

⁵⁶ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 Rz. 92 ff und § 16 Rz. 63; vgl. auch POLTIER, Rz. 36 ff.

⁵⁷ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 4 Rz. 71; vgl. auch Art. 94 Abs. 3 BV.

öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit sowie von Treu und Glauben erwähnt. Ergänzt wird die Aufzählung mit den wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundsätzen (d.h. dem wirtschaftsfreiheitlichen Schutzschirm). Soweit der Staat Subventionen gewähre, dürfe er «nicht in den freien Wettbewerb eingreifen und diesen ausschalten». Der Staat dürfe «nur den freien Wettbewerb mit Subventionen gezielt beeinflussen, sofern dafür eine Ermächtigung in der Bundesverfassung besteht»⁵⁸. Werden mit der Subventionierung protektionistische Zwecke verfolgt oder hat ein Subventionssystem primär einen wettbewerbsverzerrenden oder wettbewerbsausschliessenden Effekt, so erachtet man auch in der Lehre die Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit für gewöhnlich nicht (mehr) gegeben; derartige wirtschaftslenkende Subventionen seien nur bei entsprechender verfassungsrechtlicher Rechtfertigung zulässig⁵⁹. Doch welche Beachtung finden die wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundsätze bei der Ausgestaltung von Subventionssystemen in der Praxis wirklich?

4.2 Gedanken zu grundsatzwidrigen kantonalen Subventionssystemen

- 31 Die Ausrichtung von Bundessubventionen wird seit 1990 mit einem allgemeinen Subventionserlass reguliert. Das Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen findet seine verfassungsrechtliche Grundlage in all denjenigen Verfassungsbestimmungen, welche die Kompetenz des Bundes zur Gewährung von Subventionen begründen⁶⁰. Entsprechend sind für den Bund Orientierungspunkte in der Verfassung vorhanden. Bei der Errichtung von kantonalen Subventionssystemen und der Ausrichtung von kantonalen Subventionen ist dies nicht der Fall, denn die Bundesverfassung erwähnt *kantonale oder kommunale Subventionen für private Unternehmen* mit keinem Wort. Folglich wird auch zu kantonalen Subventionen, die den Wettbewerb verfälschen oder diesen gar ausschalten können, verfassungsrechtlich nichts gesagt. Eine Folge davon ist, dass wettbewerbsverzerrende Subventionen des Bundes gemäss Art. 94 Abs. 4 BV durch eine Verankerung der Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit in einer Verfassungsbestimmung gerechtfertigt werden können, hingegen dies bei Subventionen des Kantons gestützt auf kantonales Recht nicht möglich ist. Weil also Kantone und Gemeinden eine Abweichung gestützt auf eine verfassungsmässige Grundlage nicht erlaubt ist, haben sie sich im Verhältnis zum Bund sogar noch umfassender grundsatzkonform und umfassender wettbewerbsneutral zu verhalten⁶¹.
- 32 Im Hinblick auf die Ausrichtung solcher Subventionen respektive die Errichtung entsprechender Subventionssysteme wird darauf hingewiesen, dass der Bundesverfassungsgeber die Eindämmung von kantonalen Systemen bzw. Subventionen «im Interesse eines wirksamen Wettbewerbs der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Wirtschaftsfreiheit bzw. zum Binnenmarktgesetz» überlassen

⁵⁸ MÄCHLER, S. 879 f. u.a. mit Hinweis auf RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 Rz. 63.

⁵⁹ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 Rz. 63; in diesem Sinne auch MÖLLER, S. 105 und MÄCHLER, S. 879 f.; ferner POLTIER, Rz. 38 wobei dieser darauf hinweist, dass die «rote Linie» zwischen zulässigen Subventionssystemen und unzulässigen, zuweilen schwierig zu bestimmen ist; kritisch auch BUNDI, Subventionen, S. 126.

⁶⁰ Vgl. BBI 1987 I 369, 421.

⁶¹ Vgl. dazu MÖLLER, S. 105; eine Ausnahme besteht hinsichtlich des Bereichs der in Art. 94 Abs. 4 BV vorbehaltenen Regalrechte.

haben⁶². Die Lehre konstatiert in diesem Zusammenhang, dass die Wirtschaftsfreiheit strukturell gar nicht in der Lage sein soll, das Fehlen spezifischer subventionsrechtlicher Vorgaben allein qua (rechtsschöpferischer) Grundrechtsverwirklichung auszugleichen – bis anhin würde sich daher gestützt auf die Wirtschaftsfreiheit kein stimmiges (Anti-)Subventionsregime entwickeln⁶³. Die Praxis im Bereich der Ausrichtung kantonaler und kommunaler Subventionen tut sich insofern schwer daran, die Wirtschaftsfreiheit und den ihr inhärenten Imperativ der freiheitlichen, marktwirtschaftlichen Werteordnung der Bundesverfassung zu achten⁶⁴. Nicht ausgeschlossen ist aber, dass die Gerichte hier dennoch durchgreifen werden⁶⁵. Dies ist erst recht dann angezeigt, wenn die Vorgaben von Normkostenmodellen respektive die dazu gehörenden Auflagen so ausgestaltet werden, dass die Subventionierung nicht nur grundsatzwidrig erscheint, sondern darüber hinaus auch die rechtsstaatlichen Grundsätze verletzt⁶⁶. Damit ist neben dem wirtschaftsfreiheitlichen Schutzschirm auch das Verhältnis von Subventionssystemen zu privatrechtlichen Rechtsverhältnissen angesprochen.

4.3 Zum Verhältnis von öffentlich-rechtlichen Auflagen und privatrechtlichen Rechtsverhältnissen

- 33 Die Zulässigkeit von Normkostenmodellen und entsprechenden kantonalen Vorgaben und Auflagen, die eine Nivellierung des privaten Angebots im Bereich der familienergänzenden Bildung und Betreuung bewirken, kann auch nach den Grundsätzen des allgemeinen Verwaltungsrechts beurteilt werden. Anerkannt ist, dass der Staat auch hinsichtlich verfügter oder vereinbarter Nebenbestimmungen an die rechtsstaatlichen Grundsätze gebunden ist. Auflagen oder Bedingungen müssen etwa mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit vereinbar sein. Sie haben die Voraussetzungen der Eignung, der Erforderlichkeit und der Verhältnismässigkeit zwischen Zweck und Wirkung des Eingriffs zu erfüllen. Insbesondere müssen Auflagen für die Erreichung des angestrebten Ziels erforderlich sein.⁶⁷

⁶² SCHOTT, Rz. 886 f.; vgl. auch OESCH, S. 274 f.

⁶³ OESCH, S. 282 dort lit. d.

⁶⁴ Dies gilt nicht nur für die Beachtung des «wirtschaftsfreiheitlichen Schutzschirms», sondern generell im Hinblick auf die Grundsätze der rechtsstaatlichen Grundordnung; LIENHARD/ZIELNIEWICZ, S. 452, stellen z.B. fest, dass in der Praxis (vor allem im Bereich der Subventionen) noch nicht von einer gefestigten Anwendung des Legalitätsprinzips gesprochen werden kann.

⁶⁵ Vgl. hierzu auch das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich AN.2020.00005 vom 7. September 2021, E. 4.3.3 und E. 4.3.4.

⁶⁶ MÄCHLER, S. 880, zur «Verbindlichkeit der massgebenden Rechtssätze»; vgl. ferner das Urteil des Bundesgerichts 1C_750/2013 vom 28. April 2014, E. 3.1 m.w.H.: Die Zulässigkeit von Auflagen und Bedingungen ergibt sich aus dem mit dem Gesetz verfolgten Zweck und dem mit der Hauptsache zusammenhängenden öffentlichen Interesse. Nebenbestimmungen müssen zudem mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit vereinbar sein. Sie müssen die Voraussetzungen der Eignung, der Erforderlichkeit und der Verhältnismässigkeit zwischen Zweck und Wirkung des Eingriffs erfüllen. Ein Subventionssystem, das dies nicht achtet, kann als verfassungswidrig angesehen werden (mit Blick auf Art. 5 BV, aber gegebenenfalls auch hinsichtlich Art. 27 i.V.m. Art. 94 BV).

⁶⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 929 ff.; Urteile des Bundesgerichts 1C_750/2013 vom 28. April 2014, E.3.1 und 2C_855/2008 vom 11. Dezember 2009, E. 4.

- 34 Nun trägt der Staat im Bereich der subventionierten familienergänzenden Bildung und Betreuung nicht das wirtschaftliche Risiko; dieses verbleibt vollumfänglich bei den Privaten. Weder die Finanzierung einer bestimmten Anzahl Plätze ist staatlich garantiert noch besteht eine Defizitgarantie der Gemeinwesen⁶⁸. Solange sodann die staatliche Förderung respektive die Subjekt- und Objektfinanzierungen im Wesentlichen der Elternschaft zugutekommen sollen⁶⁹ und bei diesen die Einkommens- und Vermögensgrenzen so gewählt sind, dass für private Anbieterinnen ein faktischer Zwang zum Abschluss von staatlichen Leistungsvereinbarungen zur Erbringung von subventionierten Betreuungsleistungen entsteht⁷⁰, kann sowohl die Erforderlichkeit als auch die Zumutbarkeit im Einzelfall und die Verhältnismässigkeit des Subventionssystems als Ganzes in Frage gestellt werden. Wenn einzelne Vorgaben oder Auflagen zudem nicht der Verfolgung des sozialpolitischen Regelungsmotivs dienen, sondern vielmehr struktur- bzw. wirtschaftspolitischen Charakter aufweisen, ist auch bereits die Eignung der staatlichen Massnahme zur Erreichung des Ziels fraglich (vgl. dazu vorne Rz. 25).
- 35 Das Bundesgericht hat ferner in anderem Zusammenhang festgehalten, dass die Einflussnahme mittels (öffentlich-rechtlicher) Bewilligungen und Auflagen auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse Grenzen hat. Zum Verhältnis zwischen öffentlich-rechtlichen Auflagen in einer Bewilligung und privatrechtlichen Rechtsverhältnissen hielt es fest, dass einem betroffenen Privaten jedenfalls nicht zugemutet werden könne, dass dieser aufgrund von öffentlich-rechtlichen Auflagen bei privatrechtlichen Rechtsverhältnissen mit Dritten Verluste machen müsse⁷¹. Kernaussage (auch) dieser Rechtsprechung ist, dass staatliche Systeme und darauf basierende Handlungen und Massnahmen, privatwirtschaftliches Handeln nicht rechtlich und nicht tatsächlich verunmöglichen dürfen. Die aktuell eingeführten Normkostenmodelle im Bereich der subventionierten familienergänzenden Bildung und Betreuung weisen in eine andere Richtung.

5 Schlussfolgerungen und Beantwortung der Fragen

- 36 Auch wenn Gemeinwesen verpflichtet sind, für ein bedarfsgerechtes Angebot von Betreuungsplätzen zu sorgen und sie sich an den Kosten beteiligen müssen, folgt daraus noch nicht die generelle Befugnis, auf die privaten Betreuungsangebote und den hier bestehenden Wettbewerb in einer übersteuernden Art und Weise Einfluss zu nehmen⁷². Ein kantonales oder kommunales Subventionssystem hat verfassungskonform ausgestaltet zu sein. Es hat insbesondere den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit und den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität nach Art. 94 Abs. 1 BV zu wahren und muss verhältnismässig sein. Beruhen Vorgaben und Auflagen auf wirtschaftspolitischen Motiven oder führt die Ausführung des Subventionssystems zu Beeinträchtigungen des Wettbewerbs,

⁶⁸ Vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich AN.2020.00005 vom 7. September 2021, E. 4.3.4.

⁶⁹ Vgl. beispielsweise den Vorentwurf zum KJHG (ZH) mit erläuterndem Bericht vom 10. Juni 2022, S. 23: «Auch eine Beteiligung in Form einer Objektfinanzierung muss sich in einer Reduktion der anrechenbaren Kosten pro Platz zugunsten der Eltern niederschlagen».

⁷⁰ Vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich AN.2020.00005 vom 7. September 2021, E. 4.3.4.

⁷¹ Vgl. BGE 130 II 290, E. 2.8.

⁷² Vgl. hierzu auch das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich AN.2020.00005 vom 7. September 2021, E. 4.3.3 und E. 4.3.4.

welche nicht durch die in der Spezialgesetzgebung definierten öffentlichen Interessen gerechtfertigt sind, so ist das staatliche Handeln wirtschaftsverfassungs- bzw. grundsatzwidrig (vgl. vorne Rz. 27 ff.). Die Bundesverfassung kennt für diese Fälle keine Ermächtigungen der Kantone zur Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (vgl. vorne Rz. 31).

- 37 Kantone und Gemeinden dürfen private Anbieterinnen nicht unverhältnismässig in ihren wirtschaftlichen Freiheiten einschränken respektive den Wettbewerb übermässig behindern oder beseitigen. Einen entsprechenden Effekt ist aber Normkostenmodellen zuzuschreiben. Die daraus resultierenden kantonalen und kommunalen Vorgaben sowie die diese umsetzenden Auflagen verlieren die primären gesetzlichen (Subventions-)Ziele aus den Augen und haben struktur- oder wirtschaftspolitischen Charakter (vgl. dazu vorne Rz. 25). Die Verletzung von Grundsätzen des Rechtsstaats und der Wirtschaftsverfassung durch den Trend von Normkostenmodellen ist gerade auch deshalb feststellbar, weil der Staat den Privaten weder die Finanzierung einer bestimmten Anzahl Plätze garantiert noch eine Defizitgarantie für sie übernimmt respektive das wirtschaftliche Risiko vollumfänglich bei den privaten Anbieterinnen verbleibt⁷³. Solange zudem Subventionen nur der Elternschaft zugutekommen sollen⁷⁴ und bei diesen solche Einkommens- und Vermögensgrenzen definiert sind, welche für private Anbieterinnen von Betreuungsangeboten einen faktischen Zwang zum Abschluss von staatlichen Leistungsvereinbarungen bedeuten⁷⁵, werden diese Subventionssysteme auch weiterhin verfassungsrechtlich fragwürdig bleiben.
- 38 Die Wirtschaftsfreiheit wird vom Bundesgericht in einem Atemzug als «Hüterin einer privatwirtschaftlichen Ordnung» und als «individualrechtlicher Schutz der Ausübung bestimmter wirtschaftlicher Tätigkeiten» bezeichnet⁷⁶. Das Verhältnismässigkeitsprinzip wird als «goldene Regel des modernen Rechtsstaats»⁷⁷ gesehen. Beides sollte hinsichtlich des Trends zu Normkosten und Maximaltarifen und hinsichtlich der weiteren Ausgestaltung und Handhabung der entsprechenden Subventionsmodelle in Erinnerung behalten werden.
- 39 **Zur zusammenfassenden Beantwortung der gestellten Fragen:** *Unter welchen Voraussetzungen sind Eingriffe in die von der Verfassung geschützte Wirtschaftsfreiheit durch den Staat (Gemeinden, Kantone oder Bund) im Zusammenhang mit der Subventionierung von familienergänzender Bildung und Betreuung zulässig? Inwiefern stellen Normkostenmodelle mit und ohne Verbindung zu ergänzenden Bedingungen wie Maximaltarifen einen ungerechtfertigten Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar?*

⁷³ Vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich AN.2020.00005 vom 7. September 2021, E. 4.3.4.

⁷⁴ Vgl. beispielsweise den Vorentwurf zum KJHG (ZH) mit erläuterndem Bericht vom 10. Juni 2022, S. 23: «Auch eine Beteiligung in Form einer Objektfinanzierung muss sich in einer Reduktion der anrechenbaren Kosten pro Platz zugunsten der Eltern niederschlagen».

⁷⁵ Vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich AN.2020.00005 vom 7. September 2021, E. 4.3.4.

⁷⁶ BGE 124 I 11, E. 5a.

⁷⁷ MÜLLER, S. 3 mit weiteren Hinweisen.

Der Staat ist sowohl in der Eingriffsverwaltung als auch bei der Gewährung von Leistungen aufgrund der Wirtschaftsfreiheit zu einem grundsatzkonformen und wettbewerbsneutralen Verhalten verpflichtet. Staatliche Massnahmen, die in den Wettbewerb eingreifen oder sich gegen das Wettbewerbsprinzip richten, indem sie zentrale Elemente des Marktmechanismus missachten respektive das Spiel von Angebot und Nachfrage ausschalten, sind unzulässig. Kantonale oder kommunale Subventionssysteme (bzw. auch einzelne darin enthaltene Vorgaben oder damit verbundene Auflagen), die auf struktur- bzw. wirtschaftspolitischen Motiven beruhen und zu Beeinträchtigungen oder gar zur Ausschaltung des Wettbewerbs führen, sind mithin mit der Wirtschaftsverfassung grundsätzlich nicht vereinbar – im Hinblick auf die Ausrichtung von Subventionen durch Kantone und Gemeinden ist eine ausnahmsweise Rechtfertigung durch die Bundesverfassung (im Sinne von Art. 94 Abs. 4 BV) zudem nicht möglich. Ferner ist der Staat an die Vorgaben der rechtsstaatlichen Grundsätze gebunden (Art. 5 BV). Er hat insbesondere Subventionssysteme verhältnismässig auszugestalten, d.h. die Subjekt- wie auch die Objektfinanzierungen haben die Voraussetzungen der Eignung, der Erforderlichkeit und der Verhältnismässigkeit zwischen Zweck und Wirkung des Eingriffs zu erfüllen. Sodann müssen die damit verbundenen Auflagen (z.B. in Leistungsvereinbarungen) für die Erreichung des angestrebten Ziels erforderlich sein. Sofern diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind respektive anhand von Einzelfällen nachgewiesen werden kann, dass die staatlichen Handlungen das privatwirtschaftliche Handeln tatsächlich in unzulässiger oder unverhältnismässiger Weise zurückbinden oder gar verunmöglichen, liegen nach der hier vertretenen Auffassung Verstösse gegen den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit und gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip vor.

Zürich, den 18. August 2023

Prof. (FH) Dr. iur. Ralph Trümpler, Rechtsanwalt