

Aktennotiz

Empfänger Stadtrat der Stadt Dübendorf
z.H.v. Stadtrat Ivo Hasler

Kopie Sergio Tassinari, Tassinari Beratungen

Datum 28. April 2023

Von Prof. Dr. Isabelle Häner / Dr. Florian Brunner

Betreff Familien- und schulergänzende Kinderbetreuung:
Entwurf einer neuen Kinderbetreuungsverordnung

Bratschi AG
Bahnhofstrasse 70
CH-8021 Zürich
T +41 58 258 10 00
F +41 58 258 10 99
www.bratschi.ch

Isabelle Häner
Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin
Isabelle.Haener@bratschi.ch
im Anwaltsregister eingetragen

Florian Brunner
Dr. iur., Rechtsanwalt
Florian.Brunner@bratschi.ch
im Anwaltsregister eingetragen

4986336

I. AUSGANGSLAGE UND FRAGESTELLUNG

- 1 Die Stadt Dübendorf (nachfolgend die «Stadt») besorgt als Einheitsgemeinde u.a. die Aufgaben der Primarschule (Art. 2 Ziff. 3 der Gemeindeordnung der Stadt Dübendorf vom 26. September 2021 [«GO»]). Sie verfügt entsprechend über eine Primarschulpflege (Art. 30 ff. GO), wie dies vom kantonalen Recht verlangt ist (§ 54 des Gemeindegesetzes vom 20. April 2015 [«GG»; LS 131.1]). Die Primarschulpflege hat die Stellung einer eigenständigen Kommission (§ 56 Abs. 1 und Abs. 3 GG i.V.m. Art. 30 ff. GO), d.h. sie handelt im Rahmen ihrer Aufgaben, welche sich aus der Schulgesetzgebung sowie der GO ergeben, anstelle des Stadtrates (§ 51 Abs. 1 GG).
- 2 Die Stadt plant, den Bereich der familien- und schulergänzenden Betreuung von Kindern im Alter von 3 Monaten bis zum Ende der Primarschule neu zu organisieren. Als *familienergänzende* Kinderbetreuung gilt die Betreuung von Kindern ausserhalb der Familie in einer Kinderkrippe (umgangssprachlich «Kita»; Vorschulalter) oder einer Tagesfamilie (Vorschul- und Schulalter). Daneben gibt es die *schulergänzende* Kinderbetreuung, für die auch der Begriff «Tagesstrukturen» verwendet wird; sie umfasst professionelle Betreuungsangebote für Schul- und Kindergartenkinder ausserhalb der obligatorischen Unterrichtszeit, namentlich Kinderhorte, Mittagstische und dergleichen.
- 3 Zum Zweck der Neuorganisation erarbeitete die Stadt einen Entwurf für eine Kinderbetreuungsverordnung (die «KiBeVO»). Diese soll dereinst durch den Gemeinderat, d.h. durch die kommunale Legislative, erlassen werden und stellt damit ein Gesetz im formellen Sinn dar. Die KiBeVO soll inskünftig die Subventionierung von Betreuungsverhältnissen bei (i) Kinderkrippen, (ii) Tagesfamilien und (iii) den Tagesstrukturen umfassend regeln. Sie legt fest, welche Betreuungsverhältnisse in welchen Betreuungsarten in welcher Höhe mit öffentlichen Mitteln unterstützt werden sollen.

- 4 Die Stadt beauftragte die Unterzeichnenden mit der Abklärung mehrerer Fragen im Zusammenhang mit der beabsichtigten Neuorganisation der familien- und schulergänzenden Kinderbetreuung, die nachfolgend beantwortet werden.

II. STELLUNGNAHME

1. Frage 2¹

- 5 Die Fragestellung der Stadt lautet in leicht angepasster Form wie folgt:

Ist es rechtlich zulässig, den Bereich der Kinderkrippen, der Tagesstrukturen und der Tagesfamilien neu in einer KiBeVO zu regeln?

- 6 Die Fragestellung spricht einerseits die vertikale Kompetenzordnung zwischen Kanton und Gemeinden an und andererseits die Frage, ob ein einziger Erlass alle erwähnten Betreuungsangebote regeln darf. Dies ist nachfolgend zu untersuchen.
- 7 Die Verfassung des Kantons Zürich verpflichtet Kanton und Gemeinden dazu, sich dafür einzusetzen, dass Voraussetzungen für die Betreuung von Kindern innerhalb und ausserhalb der Familie geschaffen werden (Art. 19 Abs. 2 lit. b der Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 [«KV»; LS 101]).
- 8 Die kantonale Gesetzgebung bestimmt weiter, dass die Besorgung eines bedarfsgerechten Angebots an *familienergänzender* Betreuung von Kindern im Vorschulalter Sache der Gemeinden ist (§ 18 Abs. 1 des Kinder- und Jugendhilfegesetzes von 14. März 2011 [«KJHG»; LS 852.1]). Zur familienergänzenden Betreuung im Vorschulalter zählt das KJHG die Tagesfamilien (§ 18a KJHG) und die Kindertagesstätten (§ 18b KJHG). Die §§ 18a ff. KJHG enthalten Bestimmungen zu den Rahmenbedingungen der familienergänzenden Betreuung sowie zu den Bewilligungsvoraussetzungen. Die Verordnung über die Tagesfamilien und Kindertagesstätten vom 27. Mai 2020 («V TaK»; LS 852.14) enthält die Ausführungsbestimmungen zu den §§ 18a ff. KJHG. Die *schulergänzenden* Tagesstrukturen werden demgegenüber im Volksschulgesetz vom 7. Februar 2005 («VSG»; LS 412.100) geregelt. Deren Sicherstellung fällt gemäss § 30a Abs. 2 VSG ebenfalls in den Kompetenzbereich der Gemeinden. Die Gemeinden müssen Tagesstrukturen in der Zeit zwischen 7.30 Uhr und 18 Uhr zur Verfügung stellen (§ 32a Abs. 1 der Volksschulverordnung vom 28. Juni 2006 [«VSV»; AS 412.101]). Obschon die Rahmenbedingungen teilweise in den massgebenden kantonalen Rechtsgrundlagen geregelt sind, fällt die Sicherstellung der familien- und schulergänzenden Kinderbetreuung damit in die Zuständigkeit der Gemeinden.
- 9 Somit liegt die Zuständigkeit zum Erlass generell-abstrakter Rechtssätze im Bereich der Finanzierung sowohl der (i) familienergänzenden als auch (ii) der schulergänzenden Kinderbetreuung bei den Gemeinden. Es ist den Gemeinden grundsätzlich unbenommen,

¹ Die Frage 2 gemäss der Auftragsumschreibung wird aus systematischen Gründen zuerst beantwortet.

diese sachlich eng miteinander zusammenhängenden Sachfragen in einem einzigen Erlass zu regeln. Entscheidend ist, dass dabei die im GG und der GO vorgesehenen Zuständigkeiten und Rechtsetzungsabläufe eingehalten werden.

- 10 **Fazit zur Frage 2:** Es ist zulässig, die finanzielle Förderung der Betreuung in Kinderkrippen, Tagesfamilien und Tagesstrukturen in einer umfassenden KiBeVO zu regeln.

2. Frage 1

- 11 Die Fragestellung der Stadt lautet in leicht angepasster Form wie folgt:

Kann der Stadtrat die KiBeVO zusammen mit der Schulpflege dem Gemeinderat beantragen?

- 12 Gemäss Art. 15 GO ist der Gemeinderat für den Erlass und die Änderung wichtiger Rechtssätze zuständig. Der Stadtrat kann nur weniger wichtige Rechtssätze erlassen (Art. 25 GO). Die GO sieht zudem vor, dass die ausserschulische Betreuung zu den Aufgaben der Primarschulpflege gehört (Art. 31 Abs. 2 GO). Im Bereich ihrer Zuständigkeiten reicht die Primarschulpflege ihre Geschäfte dem Stadtrat ein, welcher diese zusammen mit seiner Abstimmungsempfehlung dem Gemeinderat unterbreitet (Art. 32 GO). In Bezug auf die wichtigen Rechtssätze erlässt somit auch im Bereich der Schule der Gemeinderat generell-abstrakte Normen, dies aber auf Antrag der Primarschulpflege.

- 13 Allerdings weist die Gemeindeordnung auch der Primarschulpflege punktuell Rechtsetzungsbefugnisse zu. Gemäss Art. 34 GO ist die Primarschulpflege in ihrem Aufgabenbereich zuständig für «den Erlass und die Änderung von weniger wichtigen Rechtssätzen». Die nicht abschliessende Aufzählung in Art. 34 Ziff. 5 GO nennt als Beispiele für weniger wichtige Rechtssätze «Regulative und Tarifordnungen» für die ausserschulische Betreuung (erster Spiegelstrich). Es ist durch Auslegung zu ermitteln, ob die KiBeVO unter Art. 34 Ziff. 5 GO fällt oder sonst einen weniger wichtigen Rechtssatz i.S.v. Art. 34 GO darstellt. Diesfalls würde ihr Erlass im Bereich der ausserschulischen Betreuung in die Zuständigkeit der Primarschulpflege fallen. Andernfalls wäre der Gemeinderat zuständig zum Erlass. Die Frage ist nachfolgend zu klären:

- **Regulative und Tarifordnungen:** Unseres Erachtens ist die KiBeVO keine Tarifordnung. Sie enthält zwar «tarifnahe» Bestimmungen (vgl. Art. 4 ff. KiBeVO), legt aber die konkret geltenden Tarife selbst nicht fest. Was unter einem Regulativ i.S.v. Art. 34 Ziff. 5 GO zu verstehen ist, ist unklar. Aus dem Beleuchtenden Bericht zur GO ergibt sich diesbezüglich nichts. Der Duden umschreibt den Begriff mit «regelnde Verfügung, Vorschrift, Verordnung». Somit fiel nach dem Wortlaut jede Norm mit einem Bezug zur ausserschulischen Betreuung in die Kompetenz der Primarschulpflege gemäss Art. 34 Ziff. 5 GO. Dies ist aber mit dem Sinn und Zweck der Norm nicht vereinbar, welche die Kompetenz der Primarschulpflege auf weniger wichtige Fragen beschränken will. Eine Prüfung der Wichtigkeit der entsprechenden Norm ist gemäss Art. 34 Satz 1 GO in jedem Fall vorzunehmen. Somit ist nachfolgend zu untersuchen, ob die KiBeVO einen weniger wichtigen Rechtssatz darstellt.

Wichtigkeit der Normen in der KiBeVO: Die KiBeVO soll die familien- und schulergänzende Kinderbetreuung neu organisieren. Sie bezweckt die Schaffung einer Rechtsgrundlage, welche die Subventionierung von Betreuungsverhältnissen bei Kinderkrippen, Tagesfamilien und Tagestrukturen umfassend und einheitlich regelt. Die KiBeVO legt damit die Art und den Umfang staatlicher Leistungen sowie die Beteiligung des Staates an den entsprechenden Kosten fest, was für die Einwohnerinnen und Einwohner von grosser Bedeutung ist. Die Unterscheidung zwischen wichtigen Rechtssätzen (Zuständigkeit der Legislative) und weniger wichtigen Rechtssätzen (Zuständigkeit der Exekutive) gemäss GO entspricht der analogen Unterscheidung im kantonalen Recht (§ 38 KV). Gemäss § 38 Abs. 1 lit. e KV sind Bestimmungen über Zweck, Art und Umfang staatlicher Leistungen wichtige Rechtssätze; dies trifft, wie soeben beschrieben, auf die KiBeVO zu. Weniger wichtige Rechtssätze beschränken sich regelmässig auf Vollzugsbestimmungen (vgl. Art. 38 Abs. 2 KV). Um Vollzugsbestimmungen handelt es sich bei den Normen in der KiBeVO nicht, zumal diese die grundlegenden Fragen der finanziellen Förderung der schul- und familienergänzenden Kinderbetreuung regelt. Die KiBeVO regelt damit wichtige Fragen und übersteigt unseres Erachtens die Rechtssetzungskompetenz der Primarschulpflege im Bereich der ausserschulischen Betreuung.

- 14 Es kommt somit das übliche Prozedere gemäss Art. 32 GO zur Anwendung (vgl. oben, Rz. 12): Demnach muss die Primarschulpflege ihren Antrag zu denjenigen Teilen der KiBeVO, welche sich auf die schulergänzende Betreuung beziehen, dem Stadtrat einreichen, welcher diesen dem Gemeinderat unterbreitet. Zu denjenigen Teilen der KiBeVO, welche keinen schulischen Bezug haben – also namentlich die Betreuung im Vorschulalter in Kinderkrippen oder in Tagesfamilien –, darf und muss die Primarschulpflege keinen Antrag stellen, zumal diese Teile nicht in ihre Zuständigkeit fallen. Hier darf einzig der Stadtrat dem Gemeinderat einen Antrag stellen. Da die KiBeVO aber auch in Bezug auf die Betreuung im Vorschulalter in Kinderkrippen oder in Tagesfamilien nach obenstehender Auslegung wichtige Rechtssätze enthält, ist auch in dieser Hinsicht der Gemeinderat (auf Antrag des Stadtrats) und nicht der Stadtrat selbst zuständig zum Erlass.

- 15 **Fazit zur Frage 1:** Die KiBeVO ist durch den Gemeinderat zu erlassen. Weil diese sowohl Betreuungsangebote mit als auch ohne schulischen Bezug umfasst, ist ein gemeinsamer Antrag des Stadtrates und der Primarschulpflege an den Gemeinderat, die KiBeVO zu erlassen, zulässig und notwendig.

3. Frage 3

- 16 Die Fragestellung der Stadt lautet in leicht angepasster Form wie folgt:

Kann die Schulpflege auf Antrag des Stadtrates beschliessen, dass sie ein einheitliches Elternbeitragsreglement unterstützt, sofern sie bei der Festlegung der Tarife für die Tagesstrukturen ein Mitbestimmungsrecht hat (vgl. § 5 Abs. 3 KiBeVO)?

- 17 Die Frage 3 betrifft die Kompetenzen der Primarschulpflege im Zusammenhang mit dem Elternbeitragsreglement. Dieses stellt eine Tarifordnung für die ausser-schulische Betreuung auf. Für den Erlass derartiger Tarifordnungen ist die Primarschulpflege zuständig (Art. 34 Ziff. 5 GO; vgl. dazu auch oben Rz. 13). Die Zuständigkeit der Primarschulpflege bezieht sich aber nur auf denjenigen Teil des Elternbeitragsreglements, der die Tagesstrukturen und somit die «ausser-schulische Betreuung» betrifft. Der Erlass des Teils des Elternbeitragsreglements, der sich alleine auf die familienergänzende Betreuung (und nicht auf die Tagesstrukturen) bezieht, fällt hingegen in die Zuständigkeit des Stadtrates gemäss Art. 25 GO (vgl. dazu auch oben Rz. 12).
- 18 Aufgrund dieser «geteilten Zuständigkeit» fragt sich, wie ein einheitliches Elternbeitragsreglement erlassen werden kann. Für die Wahrung der Kompetenzen der Primarschulpflege bestehen verschiedene denkbare Alternativen:
- (i) *Alternative 1:* Der Stadtrat sowie die Primarschulpflege erlassen in Ausübung ihrer Kompetenzen je ein eigenes, gleichlautendes Elternbeitragsreglement. Somit müsste derjenige Teil, welcher Berechnungsfaktoren und Tarife für die Tagesstrukturen enthält, in einem gesonderten Reglement durch die Primarschulpflege erlassen werden. Diese Alternative wahrt die Kompetenzen der Primarschulpflege. Allerdings hätte der Stadtrat dabei keinen Einfluss auf das Elternbeitragsreglement betreffend die Tagesstrukturen. Zudem scheint es nicht im Sinn des Stadtrates zu sein, dass mehrere «Parallelreglemente» bestehen.
 - (ii) *Alternative 2:* Der Stadtrat erlässt das Beitragsreglement, wobei die Primarschulpflege, wie in Art. 5 Abs. 3 KiBeVO vorgesehen, ein «Mitbestimmungsrecht» erhält. Diese Regelung nimmt (implizit) auf die Kompetenzen der Primarschulpflege Bezug. Der Begriff des «Mitbestimmungsrechts» ist jedoch unklar und sollte ersetzt werden. Die Primarschulpflege darf ihre Entscheidungs- und Rechtssetzungsbefugnisse als eigenständige Kommission i.S.v. § 51 Abs. 1 GG nicht an den Stadtrat abtreten. Unseres Erachtens sollte Art. 5 Abs. 3 KiBeVO dahingehend geändert bzw. klargestellt werden, dass die Primarschulpflege den Erlass, die Änderung oder die Aufhebung derjenigen Bestimmungen des Elternbeitragsreglements, welche die Tagesstrukturen betreffen, genehmigen muss. Mit einem solchen Vetorecht wäre die Kompetenz der Primarschulpflege gewahrt. Gleichzeitig bestünde nur ein einheitliches Reglement.
 - (iii) *Alternative 3:* Eine dritte – unorthodox anmutende – Variante wäre, dass die Primarschulpflege und der Stadtrat ein und dasselbe Elternbeitragsreglement gemeinsam erlassen. Dies würde erfordern, dass beide Behörden einen Beschluss über die Festsetzung des Elternbeitragsreglements sowie dessen Inkraftsetzung fassen, was im Elternbeitragsreglement vermerkt werden müsste. Diese Alternative wahrt die Kompetenzen der Primarschulpflege. Allerdings müssten jede Änderung und die Aufhebung des Elternbeitragsreglements sowohl vom Stadtrat als auch von der Primarschulpflege beschlossen werden. Dies dürfte nicht im Interesse des Stadtrates sein. Ausserdem stellt sich bei dieser Alternative auch die Frage, ob nicht sowohl der Stadtrat wie auch die Primarschulpflege damit teilweise ausserhalb ihres jeweiligen Zuständigkeitsbereichs legiferieren würden, weil nicht

mehr klar bestimmt ist, über welche Teile des Elternbeitragsreglements welcher Instanz das Letztentscheidungsrecht zukommt. Unseres Erachtens birgt diese Alternative damit Rechtsunsicherheiten.

- 19 **Fazit zur Frage 3:** Die Kompetenz zum Erlass der Tarif-Normen, welche die Tagesstrukturen (schulergänzende Kinderbetreuung) betreffen, muss bei der Primarschulpflege verbleiben. Bei der Alternative 2, welche Gegenstand der Fragestellung bildet, ist der Vorbehalt lediglich eines «Mitbestimmungsrechts» zugunsten der Primarschulpflege unseres Erachtens unklar. Es sollte klargestellt werden, dass die Primarschulpflege den Erlass, die Änderung und die Aufhebung der tagesstrukturelevanten Teile des Elternbeitragsreglementes im Sinne eines Vetorechts genehmigen muss.

4. Frage 4

- 20 Die Fragestellung der Stadt lautet leicht angepasst wie folgt:

Ist es zulässig, dass die in einer Volksabstimmung bewilligten Mittel für den Tagesfamilienverein (Objektbeitrag) umgewandelt werden in Subjektbeiträge für Betreuungsverhältnisse bei den Tagesfamilien? Darf dies der Gemeinderat beschliessen oder braucht es dazu eine Volksabstimmung?

- 21 Neue Ausgaben setzen, anders als gebundene Ausgaben, einen Verpflichtungskredit voraus (§ 104 Abs. 1 GG). Der Verpflichtungskredit ist die Ermächtigung, für einen bestimmten Zweck und bis zu einem bestimmten Betrag finanzielle Verpflichtungen einzugehen (§ 106 Abs. 1 GG). Gemäss § 108 Abs. 2 GG muss bei einer wesentlichen Zweckänderung ein neuer Verpflichtungskredit eingeholt werden. Projektanpassungen im Rahmen des unveränderten oder nur unwesentlich veränderten Zwecks sind hingegen ohne erneuten Verpflichtungskredit zulässig. Es gilt somit der Grundsatz der Zweckgebundenheit. Das Bundesgericht umschrieb diesen in einer älteren Entscheidung wie folgt (BGE 104 IA 425, E. 5a S. 426 f.):

«Die Annahme der dem Finanzreferendum unterstellten Vorlage bedeutet im Kanton Zürich – wie auch in den übrigen Kantonen – grundsätzlich die Bewilligung eines Kredites, nicht die Gutheissung eines bestimmten Projekts. Das dem Kreditbeschluss zugrundeliegende Vorhaben wird durch die Abstimmung nur mittelbar genehmigt. Das Referendum bedeutet nicht, dass die Verwaltung nach der Kreditgenehmigung in allen Einzelheiten an das Projekt gebunden wäre, das ihrer Kreditvorlage zugrundelag. Die Ausführung bleibt vielmehr nach dem Grundsatz der Gewaltentrennung ihre Sache; sie ist lediglich insoweit gebunden, als der Kredit nicht seinem ursprünglichen Zweck entfremdet werden darf und als die Mittel, die zur Erreichung dieses Zwecks eingesetzt werden, sich nicht in grundsätzlicher Weise von denjenigen unterscheiden dürfen, die der Kreditvorlage zugrundelagen. Weiterzugehen und zu verlangen, dass ein Projekt gegenüber der Abstimmungsvorlage in keiner Weise verändert werden dürfe, wäre nicht gerechtfertigt.»

- 22 Eine wesentliche Zweckänderung i.S.v. § 108 Abs. 2 GG liegt vor, wenn ein Vorhaben aufgrund der in der Zwischenzeit vorgenommenen Änderungen wenig oder nichts mehr mit dem ursprünglichen Projekt gemein hat. Auch die wesentliche Erweiterung des Zweckes gilt als wesentliche Zweckänderung (KAUFMANN, in: Jaag/Rüssli/Jenni [Hrsg.], Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz und zu den politischen Rechten in den Gemeinden, Zürich 2017 [zit. BEARBEITER/-IN, Komm. GG], § 108 N 13). Um zu beurteilen, ob eine wesentliche Zweckänderung vorliegt, ist eine Einzelfallbetrachtung der konkreten Umstände und der konkreten Zweckumschreibung erforderlich (vgl. KAUFMANN, Komm. GG, § 108 N 14).
- 23 Die Stimmbevölkerung der Stadt bewilligte in der Abstimmung vom 2. Juni 2002 die Erhöhung des jährlich wiederkehrenden Kredites an den Tageselternverein² Dübendorf von CHF 210'000 auf maximal CHF 350'000. Die bewilligten Mittel kamen als Objektbeitrag dem Tageselternverein Dübendorf zugute. Dieser förderte die Zusammenarbeit zwischen Eltern, deren Kinder ein Tagespflegeplatz benötigten, und von Tageseltern, die einen Platz zur Verfügung stellen konnten. In der Vorlage betonte der Stadtrat, dass die «Tagesmütter [...] ein wichtiger Teil der familienergänzenden Kinderbetreuung in der Stadt Dübendorf» sind. Eine Ablehnung der Erhöhung der Mittel hätte eine «erhöhte Nachfrage nach Hort- und Krippenplätzen» zur Folge (vgl. die Vorlage vom 12. April 2002 für die Abstimmung vom 2. Juni 2002, Ziff. 3). Somit sollte mit den bewilligten Mittel die Betreuungsform der Tagesfamilie finanziell gefördert werden, auch um die Hort- und Krippenplätze zu entlasten.
- 24 Würde der Verpflichtungskredit neu als Subjektbeitrag für Betreuungsverhältnisse bei den Tagesfamilien ausgerichtet werden, ändert sich der primäre Empfänger der öffentlichen Gelder. Es fragt sich, ob damit eine Zweckänderung erfolgt. Zwar erwähnte der Beschluss aus dem Jahr 2002 den Empfänger (Tageselternverein) namentlich. Nichtsdestotrotz würden die bewilligten Mittel auch nach dem Systemwechsel (Objektbeitrag → Subjektbeitrag) im Grundsatz der Betreuungsform der Tagesfamilien und damit materiell letztlich demselben Endempfänger zukommen. Der Zweck des Mitteleinsatzes bliebe somit unverändert.
- 25 Dass die Ausrichtung von Beiträgen als Subjektbeiträge anstelle von Objektbeiträgen zum nach wie vor gleichen Zweck nichts mehr miteinander zu tun hätten, kann nicht gesagt werden. Die Änderung in der Person des primären Zahlungsempfängers beschlägt die Art und Weise der Förderung der Tagesfamilienplätze, d.h. die Wahl des Mittels, um den beschlossenen und unveränderten Zweck (finanzielle Förderung der Tagesfamilienplätze) zu erreichen. Weil in der Vorlage der Schwerpunkt der Argumentation auf dem «Ob» (Förderung der Tagesfamilienplätze) und weniger auf dem «Wie» (Zahlung von Objektbeiträgen oder Subjektbeiträgen) lag, ist es unseres Erachtens vertretbar, eine Änderung des «Wie» nur als eine unwesentliche Änderung des Vorhabens zu qualifizieren. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass einschlägige Rechtsprechung und Literatur zu dieser Frage, soweit ersichtlich, fehlen. Wir können somit nicht ausschliessen, dass ein Gericht eine andere Einschätzung vornimmt als wir.

² Damals hiess der Verein noch «Tagesmütterverein».

- 26 Eine wesentliche Zweckänderung wäre hingegen zu bejahen, sofern im Fall des Subjektbeitrages die Familien wesentlich weniger von der finanziellen Förderung profitieren würden oder wesentlich weniger Betreuungsverhältnisse gefördert werden könnten als im Fall des Objektbeitrages. Gemäss der Auskunft der Stadt ist dies nicht der Fall, im Gegenteil: Die Stadt geht davon aus, dass mit dem Wechsel zur Subjektfinanzierung mindestens gleich viele bzw. sogar mehr Eltern subventioniert werden können als heute, so dass der Zweck der Förderung der Betreuungsverhältnisse bei Tagesfamilien besser bzw. effizienter erreicht werden kann. Eine erneute Urnenabstimmung über die Kreditgenehmigung ist aber notwendig, sofern die Mittel für Betreuungsverhältnisse in Kinderkrippen und Tagesfamilien zusammengelegt werden (vgl. nachfolgend Frage 5, Rz. 28 ff.).
- 27 **Fazit zur Frage 4:** Unseres Erachtens führt der Wechsel von Objektbeiträgen zu Subjektbeiträgen nicht zu einer wesentlichen Zweckänderung des Kredits, sofern die Betreuungsverhältnisse neu nicht mit wesentlich weniger öffentlichen Mitteln subventioniert werden als bisher. Unter dieser Voraussetzung muss unserer Ansicht nach kein erneuter Verpflichtungskredit eingeholt werden, d.h. der Beschluss der Stimmbevölkerung vom 2. Juni 2022 bildet eine zureichende Grundlage, um die darin bewilligten Mittel als Subjektbeiträge ausrichten zu können. Folglich bleibt der Kreditrahmen von CHF 350'000 bestehen.

5. Frage 5

5.1 Teilfrage 1

- 28 Die Fragestellung der Stadt lautet leicht angepasst wie folgt:

Teilfrage 1: Ist die Kreditgenehmigung in Höhe von CHF 350'000 gemäss dem Urnenentscheid vom 2. Juni 2002 mit Auflösung des Tageselternvereins Dübendorf hinfällig geworden?

- 29 Die Ausführungen zur Frage 4 haben gezeigt, dass die Auflösung des Tageselternvereins Dübendorf nicht zur Hinfälligkeit des Kreditbeschlusses der Stimmbevölkerung vom 2. Juni 2022 führte und dass der Kreditrahmen von CHF 350'000 bestehen bleibt. Solange die Mittel weiterhin für die finanzielle Unterstützung der Betreuung in Tagesfamilien verwendet werden, ist die Förderungsart (Objekt- oder Subjektbeitrag) nur von unwesentlicher Bedeutung. Dasselbe gilt für die Person des primären Empfängers der finanziellen Leistung. Deshalb wäre unseres Erachtens auch die Weiterführung der befristeten Übergangslösung gemäss dem Stadtratsbeschluss 21-439, anstelle des Tageselternvereins neu dem Verein Tagesfamilien Zürcher Oberland (TFZO) entsprechende finanzielle Mittel auszurichten, vom Kreditbeschluss gedeckt und damit zulässig. Sollten die Mittel neu – wie in den Ausführungen zur Frage 4 besprochen – als Subjektbeiträge verwendet werden, wäre ein neuer Beschluss notwendig, der den Stadtratsbeschluss 21-439 entsprechend anpassen würde.

5.2 Teilfrage 2

30 Die Fragestellung der Stadt lautet leicht angepasst wie folgt:

Teilfrage 2: Wenn der Kreditbeschluss nicht hinfällig wurde: Ist es zulässig, dass der Stadtrat dem Gemeinderat beantragt, die bisher separat bewilligten finanziellen Mittel für Betreuungsverhältnisse in Kinderkrippen (CHF 550'000) und in Tagesfamilien (CHF 350'000 bzw. CHF 200'000 für das Jahr 2022) zusammenzuführen und im Rahmen der KiBeVO für die Ermässigung von Elternbeiträgen bei Betreuungsverhältnissen in Kitas und bei der Tagesfamilienbetreuung zu verwenden?

31 Aufgrund der Formulierung der Teilfrage 2 gehen wir davon aus, dass das Budget der Stadt nach der Zusammenführung nur noch ein einheitliches Konto sowohl für Kinderkrippen als auch Tagesfamilien enthalten soll, welches pro Jahr einen Aufwand von maximal CHF 900'000 vorsieht (CHF 550'000 für Kindertagesstätten und CHF 350'000 für Tagesfamilien).

32 Es fragt sich, ob ein solches «Pooling» der finanziellen Mittel zu einer wesentlichen Zweckänderung der bewilligten Kredite führt (vgl. zum Grundsatz der Zweckbindung oben, Rz. 21 f.). Ein Verpflichtungskredit ist stets an seinen bewilligten Zweck und an seine Höhe gebunden. Wird ein bewilligter Verpflichtungskredit nicht vollständig aufbraucht, so verfällt der übrig gebliebene Teil (KAUFMANN, Komm. GG, § 111 N 1).

33 Eine wesentliche Zweckänderung bestünde vorliegend, wenn das «Pooling» der Konten den Behörden eine Quersubventionierung zwischen den Betreuungsformen erlauben würde, d.h. wenn diese für eine der beiden Betreuungsformen zulasten der anderen Betreuungsform einen höheren Betrag aufwenden könnten als im Kreditgenehmigungsbeschluss vorgesehen. Wenn beispielsweise in einem Jahr CHF 700'000 für Kindertagesstätten und CHF 200'000 für Tagesfamilien aufgewendet würden, würden die für Tagesfamilien separat bewilligten Mittel im Umfang von CHF 150'000 zweckentfremdet.

34 Weil bei der Führung eines einheitlichen, zusammengelegten Kontos nicht ersichtlich ist, welche Mittel welche Betreuungsform betreffen, ist eine Zusammenlegung unseres Erachtens unzulässig. Sie wäre nur zulässig, wenn ein entsprechender neuer Verpflichtungskredit genehmigt würde. Weil ein jährlich wiederkehrender Verpflichtungskredit über CHF 350'000 und CHF 550'000 (das heisst jährlich CHF 900'000) die Finanzbefugnisse des Gemeinderates gemäss Art. 18 Ziff. 4 GO sprengt, müsste hierfür eine Urnenabstimmung durchgeführt werden (Art. 11 Abs. 1 Ziff. 7 GO).

35 **Fazit zur Frage 5:** Der Verpflichtungskredit zugunsten des Tageselternvereins Dübendorf ist mit dessen Auflösung per 31. März 2022 nicht hinfällig geworden. Der Kreditrahmen von CHF 350'000 bleibt bestehen, solange die Mittel nicht für einen wesentlich geänderten Zweck eingesetzt werden. Demgegenüber ist eine Zusammenführung der Verpflichtungskredite für die Betreuung in Tagesfamilien und Kindertagesstätten ohne die Genehmigung eines neuen einheitlichen Verpflichtungskredites unzulässig.

6. Frage 6

36 Die Stadt möchte wissen, ob der nachfolgende Antrag des Stadtrates an den Gemeinderat zulässig ist und respektive was gegebenenfalls geändert werden müsste:

«Dem Gemeinderat wird beantragt:

1. *Die Kinderbetreuungsverordnung (KiBeVO) wird gutgeheissen.*
2. *Das Postulat von Angelika Murer Mikolasek und 17 Mitunterzeichnende «Elternbeiträge an die Familienergänzende Kinderbetreuung» wird abgeschrieben.*
3. *Für die Vorbereitung der Umsetzung der KiBeVO werden gemäss den Erwägungen für das Jahr 2024 einmalige Kosten von CHF 70'000 genehmigt.*
4. *Der Beschluss des Stadtrates vom 28.10.2021 (SR-2021) betreffend der Subventionierung von Betreuungsverhältnissen bei Tagesfamilien wird ausser Kraft gesetzt. Die budgetierten und bewilligten Mittel von CHF 200'000 jährlich werden neu für die Subventionierung von Betreuungsverhältnissen bei Tagesfamilien vorgesehen.*
5. *Der Beschluss des Gemeinderates Nr. 128 vom 5.12.2016 wird mit der Inkraftsetzung der Kinderbetreuungsverordnung ausser Kraft gesetzt. Die mit dem Beschluss bewilligten Mittel werden für die Ermässigung von Elternbeiträgen bei Betreuungsverhältnissen in Kitas eingesetzt.*
6. *Der Beschluss der Schulpflege zur Ausserkraftsetzung des eigenen Elternbeitragsreglements vom 20.1.2009 wird zustimmend zur Kenntnis genommen.*
7. *Die notwendigen finanziellen Mittel für die drei Betreuungsarten werden jeweils im Budget eingestellt. Im ersten Jahr der Umsetzung werden die bisherigen in den Erwägungen aufgeführten und bewilligten Mittel budgetiert, für Betreuungsverhältnisse in Kinderkrippen CHF 550'000, für Betreuungsverhältnisse bei Tagesfamilien CHF 200'000 und für die kommunal geführten Tagesstrukturen, die mit der Volksabstimmung vom 29.11.2020 bewilligten Mittel.*
8. *Der Stadtrat bestimmt die Inkraftsetzung der Verordnung und wird mit dem Vollzug beauftragt.»*

37 Zum Antrag haben wir folgende Bemerkungen:

- Die Ziff. 1–3 des Antrages sind zulässig.
- Wir empfehlen, Ziff. 4 dahingehend zu präzisieren, dass die budgetierten und bewilligten Mittel von CHF 200'000 jährlich neu *als Subjektbeitrag* für die Subventionierung von Betreuungsverhältnissen bei Tagesfamilien verwendet werden. Der Vollständigkeit halber weisen wir darauf hin, dass der Kreditrahmen unseres Erachtens unverändert CHF 350'000 beträgt und ausgeschöpft werden darf.
- Die Ziff. 5 und 6 des Antrages sind zulässig.

- Die Ziff. 7 des Antrages ist zulässig. Wir weisen darauf hin, dass ein Pooling der verschiedenen Betreuungsarten in einem Konto im Budget in den nachfolgenden Jahren ohne neuen Kredit unzulässig wäre (vgl. Ausführungen zur Frage 5).
- Die Ziff. 8 des Antrages ist zulässig.

7. Frage 7

7.1 Teilfrage 1

38 Die Fragestellung der Stadt lautet leicht angepasst wie folgt:

Teilfrage 1: Wer ist für die Aufsicht über Kinderkrippen, Horte und Tagesfamilien zuständig?

39 Das kantonale Recht weist die Aufsicht über Kinderkrippen, Horte und Tagesfamilien den Gemeinden zu:

- Nach § 18b Abs. 1 KJHG unterstehen Kinderkrippen gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. b PAVO (Verordnung über die Aufnahme von Pflegekindern vom 19. Oktober 1977 [SR 211.222.338]) der Aufsicht der *Standortgemeinde*, das heisst der Gemeinde, in dem der Standort der Kinderkrippe ist (§ 4 KJHG).
- § 30c Abs. 1 VSG unterstellt Kinderhorte im Sinne von Art. 13 Abs. 1 lit. b PAVO der Aufsicht der *Standortgemeinde*, womit der Schulstandort gemeint ist.
- Die Aufsicht über Tagesfamilien obliegt der *Wohnsitzgemeinde* gemäss § 4 KJHG (Art. 10 und Art. 12 Abs. 2 PAVO i.V.m. § 18a Abs. 1 KJHG).

40 Das kantonale Recht sieht somit in Bezug auf alle vorliegend relevanten Betreuungsformen die Aufsichtszuständigkeit der Stadt vor. Zu klären ist, welche Instanz innerhalb der Stadt gemäss der GO die Aufsicht auszuüben hat. Sofern die Rechtsgrundlagen keiner anderen Behörde die Aufsichtszuständigkeit zuweisen, ist der Stadtrat zuständig, denn ihm kommen in der Stadt die Zuständigkeiten für die allgemeine politische Aufsicht (Art. 26 Abs. 1 Ziff. 1 GO) sowie die «übrige Aufsicht in der Gemeindeverwaltung» (Art. 26 Abs. 2 Ziff. 6 GO) zu. Die Aufsicht über die «Schulen» nimmt in der Stadt aber die Primarschulpflege wahr (Art. 35 Ziff. 1 GO; vgl. § 42 Abs. 1 VSG). Gemeint sind aber nur die *öffentlichen* Schulen; die Aufsicht über private Schulen nimmt die kantonale Bildungsdirektion wahr (§ 70 Abs. 1 VSG). Da gemäss Art. 35 Ziff. 1 GO die Schulpflege für die Beaufsichtigung der öffentlichen Schulen «innerhalb ihres Aufgabenbereichs» zuständig ist und in den Aufgabenbereich der Schlupflege gemäss Art. 31 Abs. 2 GO auch die auserschulische Betreuung fällt, ist davon auszugehen, dass ihr diesbezüglich ebenfalls die Aufsichtskompetenz zukommt.

41 Daraus ergibt sich folgendes:

- Kinderkrippen und Tagesfamilien haben keinen schulischen Bezug, weshalb sie der Aufsicht des Stadtrates unterstehen (vgl. für den Spezialfall von Kinderkrippen, die durch die Primarschule betrieben werden, unten, Rz. 43 ff.). Im Fall der Tagesfamilien

bezieht sich die Aufsichtszuständigkeit des Stadtrates *nota bene* auch auf diejenigen Tagesfamilien, welche Kinder im Schulalter betreuen.

- Kinderhorte und andere Angebote der Tagesstrukturen stellen eine ausserschulische Betreuung dar, weshalb die Aufsicht über diese Angebote der Primarschulpflege obliegt. Die Primarschulpflege selbst untersteht als eigenständige Kommission nicht der Aufsicht durch den Stadtrat, weshalb der Stadtrat ihr gegenüber in Bezug auf die Aufsicht nicht weisungsbefugt ist (§ 51 Abs. 1 i.V.m. § 50 Abs. 3 GG).

42 Von dieser Aufsichtszuständigkeit besteht aber folgende Ausnahme: Privatschulen, die über eine Bewilligung gemäss § 68 VSG verfügen, benötigen für die Betreuung von Kindern im Vorschulalter keine Bewilligung für den Betrieb einer Kinderkrippe (§ 18b Abs. 2 KJHG). Die Bildungsdirektion ist zuständig für die Erteilung der Bewilligung gemäss § 68 VSG und beaufsichtigt die Privatschulen und den Privatunterricht. Weil eine kommunale Betriebsbewilligung nicht notwendig ist und die Bewilligungs- und Aufsichtszuständigkeit einhergehen, ist unseres Erachtens die Bildungsdirektion dafür zuständig, Privatschulen mit Kinderkrippen zu beaufsichtigen.

7.2 Teilfrage 2

43 Herr Tassinari stellt für die Stadt folgende Ergänzungsfrage:

Teilfrage 2: Benötigt eine von der Primarschule geführte Kinderkrippe eine Betriebsbewilligung?

44 Die Frage betrifft die Kinderkrippe Zwinggarten, welche eine Institution der Primarschule Dübendorf ist und von dieser geführt wird.

45 Art. 13 Abs. 1 PAVO legt die Voraussetzungen fest, unter denen eine Bewilligungspflicht für den Betrieb von Einrichtungen der Heimpflege besteht; für Kinderkrippen und Kinderhorte gilt Art. 13 Abs. 1 lit. b PAVO. Gemäss Art. 13 Abs. 2 lit. a PAVO sind folgende Einrichtungen von der Bewilligungspflicht ausgenommen: «kantonale, kommunale oder gemeinnützige private Einrichtungen, die nach der Schul-, Gesundheits- oder Sozialhilfegesetzgebung einer besonderen Aufsicht unterstehen». Somit unterstehen Kinderkrippen mit staatlicher Trägerschaft nur dann keiner Bewilligungspflicht, wenn sie einer «besonderen» Aufsicht unterstehen.

46 Bei der Kinderkrippe handelt es sich um eine kommunale Einrichtung (Art. 13 Abs. 1 lit. b Halbsatz 1 PAVO). Fraglich ist, ob die «Schul-, Gesundheits- oder Sozialhilfegesetzgebung» eine besondere Aufsichtszuständigkeit festsetzt (Halbsatz 2). Für Kinderhorte bestimmt § 30c Abs. 6 VSG explizit, dass Kinderhorte, die von Gemeinden geführt werden, nicht bewilligungspflichtig sind. Für Kinderkrippen, um die es hier geht, sieht das VSG demgegenüber keine Ausnahme von der Bewilligungspflicht und keine besondere Aufsichtszuständigkeit vor. Aus der kantonalen Schulgesetzgebung folgt somit keine besondere Aufsichtszuständigkeit.

47 Zu prüfen ist, ob die kommunale Schulgesetzgebung die Primarschulpflege mit der Aufsicht über die Kinderkrippe Zwinggarten betraut. Gemäss Art. 31 Abs. 1 GO führt die

Primarschulpflege die «Kindergarten- und die Primarstufe der öffentlichen Volksschule». Sie nimmt zudem weitere Aufgaben «im Bereich Schule und Bildung» wahr. Diese umfassen namentlich die «auserschulische Betreuung» (Art. 31 Abs. 2 GO). In diesen Bereichen ist die Primarschulpflege für die Aufsicht zuständig (Art. 35 Ziff. 1 GO).

48 Es ist fraglich, ob das Führen einer Kinderkrippe zu den in der GO genannten Aufgaben der Primarschulpflege zählt, zumal eine Kinderkrippe nicht Teil der Kindergarten- oder Primarstufe ist (Art. 31 Abs. 1 GO) und streng genommen auch nicht zur auserschulischen Betreuung gehört (Art. 31 Abs. 2 GO), da die Krippenkinder noch nicht im Schulalter sind. Der Katalog in Art. 31 Abs. 2 GO ist zwar nicht abschliessend; gleichwohl gehen wir nicht davon aus, dass das Führen einer Kinderkrippe unter die «weiteren Aufgaben im Bereich Schule und Bildung» fällt, zumal eine Kinderkrippe die Betreuung von Kindern im Vorschulalter bezweckt, aber keinen Schul- bzw. Bildungsbezug aufweist.

49 Somit bestehen starke Argumente dafür, dass das Führen einer Kinderkrippe nicht zu den Aufgaben der Primarschulpflege gehört. Damit entfielen die Zuständigkeit der Primarschulpflege für die Aufsicht über die Kinderkrippe Zwinggarten, womit die Voraussetzung der besonderen Aufsichtszuständigkeit (Art. 13 Abs. 1 lit. b Halbsatz 2 PAVO) nicht erfüllt wäre und für die Kinderkrippe Zwinggarten eine Betriebsbewilligungspflicht gemäss Art. 13 Abs. 1 PAVO bestehen würde. Auch wenn wir nicht ausschliessen können, dass ein Gericht möglicherweise eine andere Einschätzung vornehmen und eine Bewilligungspflicht verneinen würde, empfiehlt sich die Einholung einer Betriebsbewilligung. Das Gesuch stellen muss die Primarschulpflege. Zuständig für die Erteilung der Bewilligung ist der Stadtrat.

50 **Fazit zur Frage 7:** Der Stadtrat beaufsichtigt Kinderkrippen und Tagesfamilien, die Primarschulpflege hingegen die Tagesstrukturen. Für die Aufsicht über Kinderkrippen, die von Privatschulen geführt werden, ist die Bildungsdirektion zuständig. Für Kinderkrippen, die von der Primarschule geführt werden, empfiehlt sich die Einholung einer Betriebsbewilligung.

8. Frage 8

51 Weitere zu beachtende Aspekte (Frage 8) haben wir keine identifiziert. Wir weisen aber darauf hin, dass wir die Bestimmungen der KiBeVO sowie des Elternbeitragsreglements im Einzelnen weder auf ihre Rechtmässigkeit noch auf ihre gesetzgeberische Qualität hin geprüft haben. Sollte dies erwünscht sein, bitten wir um entsprechende Mitteilung und stehen dafür selbstverständlich sehr gerne zur Verfügung

Freundliche Grüsse

Prof. Dr. iur. Isabelle Häner

Dr. iur. Florian Brunner