

Rathausgasse 1
3011 Bern
Telefon +41 (31) 633 79 20
Telefax +41 (31) 633 79 09
www.gef.be.ch

Referenz: stm, kr
GEF.2017-0378

BESCHWERDEENTSCHEID vom 14.03.2018

in der Beschwerdesache zwischen

X._____, handelnd durch die statutarischen Organe, ...

Beschwerdeführerin

vertreten durch Fürsprecher ...

gegen



Alters- und Behindertenamt (ALBA), Rathausgasse1, 3011 Bern

Vorinstanz

betreffend Gesuch um einen Investitionsbeitrag zur Finanzierung von Erdbebenertüchtigungsmassnahmen (Verfügung der Vorinstanz vom 24. Februar 2017)

I. Sachverhalt

1. Die X._____ (Abkürzung; nachfolgend: Beschwerdeführerin) betreibt ein Alters- und Pflegeheim in A._____. Trägerschaft der Beschwerdeführerin sind die sechs Einwohnergemeinden B.____, C.____, D.____, E.____, F.____ und G.____. Seit September 2016 sind die bisherigen Standorte H.____, I.____ und J.____ in einem Gebäudekomplex vereint. In diesem Zusammenhang

hatte die Beschwerdeführerin im Laufe des Jahres 2016 den Altbau Haus A saniert und Erdbebenertüchtigungsmassnahmen zum Preis von rund CHF 760'000.00 vorgenommen.¹

2. Am 5. April 2016 reichte die Beschwerdeführerin beim Alters- und Behindertenamt (ALBA, nachfolgend: Vorinstanz) ein Gesuch um einen Investitionsbeitrag zur Finanzierung der Erdbebenertüchtigungsmassnahmen im Umfang von CHF 760'000.00 ein.² Mit Schreiben vom 14. Juni 2017 teilte der damalige Gesundheits- und Fürsorgedirektor Philippe Perrenoud der Beschwerdeführerin mit, er könne das Gesuch nicht unterstützen, da die Infrastruktur im Altersbereich seit dem Systemwechsel am 1. Januar 2011 über die Infrastrukturpauschale finanziert werde und der Kanton grundsätzlich keine Investitionsbeiträge mehr ausrichte.³ Auf Wunsch der Beschwerdeführerin fand am 12. August 2016 unter der Leitung des neuen Gesundheits- und Fürsorgedirektors Pierre Alain Schnegg eine Besprechung mit der Vorinstanz statt. Dabei konnte keine Einigung erzielt werden.⁴

3. Mit Schreiben vom 19. Oktober 2016 erneuerte die Beschwerdeführerin ihr Gesuch um einen Staatsbeitrag zur Finanzierung der Erdbebenertüchtigungsmassnahmen im Umfang von CHF 760'000.00.⁵ Daraufhin fand ein Schriftenwechsel zwischen der Beschwerdeführerin, dem GEF-Direktor sowie der Vorinstanz statt. Dabei wurde der Beschwerdeführerin unter anderem mitgeteilt, dass sie die Unmöglichkeit einer Finanzierung aus eigenen Mitteln nachweisen müsse.⁶ Mit Schreiben vom 22. Dezember 2016 hielt die Beschwerdeführerin an ihrem Gesuch um einen Investitionsbeitrag von CHF 760'000.00 fest. Zur Begründung verwies sie namentlich auf eine gesetzliche Pflicht zur Umsetzung von Erdbebenertüchtigungsmassnahmen sowie eine von der GEF abgegebene Zusicherung, wonach sich der Kanton an den Zusatzkosten für die Erdbebenertüchtigungsmassnahmen beteilige.⁷

¹ Verfügung der Vorinstanz vom 24. Februar 2017, Erwägung A.1.; Gesuch um Übernahme der Kosten für die Erdbebenertüchtigung vom 5. April 2016; Geschäftsbericht 2016 (Entwurf, Auszug; vgl. Beschwerdebeilage 9)

² Gesuch der Beschwerdeführerin um Übernahme der Kosten für die Erdbebenertüchtigung vom 5. April 2016, vgl. Vorakten

³ Schreiben des damaligen Gesundheits- und Fürsorgedirektors Perrenoud an die Beschwerdeführerin vom 14. Juni 2016, vgl. Vorakten

⁴ Protokoll der Besprechung vom 12. August 2016 mit dem Gesundheits- und Fürsorgedirektor Schnegg sowie Vertretern der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz, vgl. Vorakten

⁵ Gesuch um einen Investitionsbeitrag für Erdbebenertüchtigungsmassnahmen vom 19. Oktober 2016, vgl. Vorakten

⁶ Schreiben des GEF-Direktors an die Beschwerdeführerin vom 22. November 2016; Schreiben der Beschwerdeführerin an die Vorinstanz vom 28. November 2016; Schreiben des GEF-Direktors an die Beschwerdeführerin vom 13. Dezember 2016; vgl. Vorakten

⁷ Gesuch um einen Investitionsbeitrag von CHF 760'000.00 für Erdbebenertüchtigungsmassnahmen vom 22. Dezember 2016, vgl. Vorakten

4. Am 24. Februar 2017 verfügte die Vorinstanz was folgt:
1. Das Gesuch der X. _____ um einen Investitionsbeitrag in der Höhe von CHF 760'000.00 zur Finanzierung von Erdbebenertüchtigungsmassnahmen wird abgelehnt.
 2. Es werden keine Kosten erhoben.
5. Gegen diese Verfügung hat die Beschwerdeführerin am 23. März 2017 Beschwerde bei der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern (GEF) erhoben und Folgendes beantragt:
1. Die Verfügung vom 24. Februar 2017 sei aufzuheben.
 2. Der Beschwerdeführerin sei ein Investitionsbeitrag in der Höhe von CHF 760'000.-- zur Finanzierung von Erdbebenertüchtigungsmassnahmen zuzusprechen.

eventualiter:

Der Beschwerdeführerin sei ein Teilbetrag von mindestens 50% der Investitionskosten von CHF 760'000.-- zur Finanzierung von Erdbebenertüchtigungsmassnahmen zuzusprechen.

- unter Kosten- und Entschädigungsfolge -

6. Mit Schreiben vom 28. März 2017 ist Herr Regierungsrat Pierre Alain Schnegg für das vorliegende Verfahren aufgrund seiner Vorbefassung im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. b VRPG⁸ von Amtes wegen in den Ausstand getreten. Der Ausstand trifft immer nur einzelne Personen und nicht ganze Behörden.⁹ Die Mitarbeiter des Ressorts Beschwerden des Rechtsamts der GEF, welche die Beschwerdeverfahren für die GEF leiten,¹⁰ sind nicht vorbefasst und mussten folglich auch nicht in den Ausstand treten. Entsprechend instruierte das Rechtsamt der GEF das Verfahren und bereitete den Beschwerdeentscheid vor. Dieser wird durch die Stellvertreterin von Herrn Regierungsrat Schnegg, Frau Regierungsrätin Egger-Jenzer, Direktorin der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (BVE), gefällt und unterzeichnet.¹¹
7. Das Rechtsamt holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Die Vorinstanz beantragt in ihrer Beschwerdevernehmlassung vom 24. Mai 2017 die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde.

Auf die Rechtsschriften und Akten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

⁸ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁹ Müller, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 2011, S. 26 f.

¹⁰ Art. 10 der Verordnung vom 29. November 2000 über die Organisation und die Aufgaben der Gesundheits- und Fürsorgedirektion (Organisationsverordnung GEF, OrV GEF; BSG 152.221.121)

¹¹ Art. 20 Abs. 3 der Verordnung vom 18. Oktober 2011 über die Organisation des Regierungsrates (Organisationsverordnung RR; OrV RR; BSG 152.11)

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

1.1 Angefochten ist die Verfügung der Vorinstanz vom 24. Februar 2017. Diese Verfügung ist gemäss Art. 28 StBG¹² i.V.m. Art. 62 Abs. 1 Bst. a VRPG bei der GEF als in der Sache zuständigen Direktion anfechtbar. Die GEF ist somit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

1.2 Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin gemäss Art. 65 Abs. 1 VRPG ohne weiteres zur Beschwerde befugt.

1.3 Der unterzeichnende Anwalt ist gehörig bevollmächtigt.

1.4 Auf die gemäss Art. 67 i.V.m. Art. 32 VRPG form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

1.5 Die GEF prüft, ob die Vorinstanz von einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhalts ausgegangen ist, ob sie Recht verletzt hat (einschliesslich allfälliger Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens) und ob die angefochtene Verfügung unangemessen ist (Art. 66 VRPG). Der GEF steht somit volle Kognition zu.

2. Streitgegenstand und Argumentation der Verfahrensbeteiligten

2.1 Umstritten und zu prüfen (Streitgegenstand) ist vorliegend, ob die Beschwerdeführerin Anspruch auf einen kantonalen Investitionsbeitrag in der Höhe von CHF 760'000.00 zur Finanzierung von Erdbebenertüchtigungsmassnahmen hat.

2.2 Ihre Verfügung vom 24. Februar 2017 begründet die Vorinstanz wie folgt: Seit dem Systemwechsel in der Pflegefinanzierung am 1. Januar 2011 werde die Infrastruktur im Altersbereich über die im Heimtarif enthaltene Infrastrukturpauschale finanziert. Der Kanton richte grundsätzlich keine Investitionsbeiträge mehr aus. Um nach dem Systemwechsel die Ausgangsbedingungen der Pflegeheime bezüglich der Infrastruktur auszugleichen, hätten Heime die zwischen dem 1. Januar 1991 und dem 31. Dezember 2010 vom Kanton gemäss Sozialhilfegesetzgebung erhaltenen Investitionsbeiträge anteilmässig der GEF zurückerstattet. Um Ungleichheiten zu vermeiden, habe der Kanton teilweise auf eine Rückerstattung verzichtet. In der Umstellungsphase seien noch einzelne Investitionsbeiträge gesprochen worden, wenn die Institution habe darlegen können, dass es sich um Härtefälle resp. „besondere Fälle“ (ge-

¹² Staatsbeitragsgesetz vom 16. September 1992 (StBG; BSG 641.1)

mäss Schreiben der GEF vom 7. Juli 2010; vgl. Art. 33a EV ELG¹³) handle. Nach 2011 eingereichte Gesuche um einen Investitionsbeitrag habe der Kanton hingegen nicht mehr bewilligt.

Aus Sicht der GEF seien seit Einführung der Infrastrukturpauschale keine zusätzlichen Kantonsbeiträge mehr nötig, um die erforderliche Infrastruktur für eine ausreichende Versorgung der Bevölkerung im Bereich der stationären Langzeitpflege sicherzustellen. Diese Sichtweise teile auch der Regierungsrat, wie er mit Regierungsratsbeschluss 746/2016 vom 22. Juni 2016 festgehalten habe.

Die Beschwerdeführerin berufe sich insbesondere auf den folgenden Satz im Schreiben vom 7. Juli 2010¹⁴:

„Grundsätzlich richtet die GEF ab 01. Januar 2011 bei sämtlichen Institutionen [im Pflegebereich] keine Investitionsbeiträge mehr aus. Ausnahme bilden Beiträge für besondere Fälle (z.B. Nachrüstungen aufgrund gesetzlicher Vorschriften im Sanierungsfall, wie beispielweise Erdbebenertüchtigung), welche durch den Infrastrukturzuschlag im Rahmen der Höchstgrenzen der Ergänzungsleistungen nicht abgedeckt werden können.“

Gestützt darauf habe die Beschwerdeführerin angenommen, der Kanton beteilige sich an den Zusatzkosten für Erdbebenertüchtigung, und im Vertrauen darauf das Bauprojekt mit Kosten in der Höhe von ca. CHF 40 Mio. geplant und im Herbst 2016 fertiggestellt.

Die Beschwerdeführerin habe zur Frage der Notwendigkeit von Erdbebenertüchtigungsmassnahmen ein Rechtsgutachten bei K.____ in Auftrag gegeben. Das Gutachten komme zu keinem eindeutigen Schluss, sondern empfehle die Abklärung im Einzelfall. Sodann beinhalte es keine Einschätzung zur Subventionswürdigkeit von Erdbebenertüchtigungsmassnahmen.

Die Beschwerdeführerin habe sich vor Gesuchseinreichung am 5. April 2016 nicht bei der Vorinstanz erkundigt und dementsprechend auch keine Auskunft im Einzelfall erhalten.

Anlässlich des Gesprächs vom 12. August 2016 habe die GEF darauf hingewiesen, dass sich mit den einschlägigen Gesetzen und Normen zur Erdbebensicherheit keinen Anspruch auf eine Übernahme der Kosten durch den Kanton begründen lasse. Das Schreiben der GEF vom 7. Juli 2010 stelle keine Grundlage zur Kostenübernahme dar, da sich die Formulierung nicht auf einen konkreten Einzelfall beziehe. Zudem könne aus dem Schreiben nicht auf eine Übernahme der Kosten für Erdbebenertüchtigung in jedem Fall geschlossen werden. Es handle sich vielmehr um eine beispielhafte Nennung von Situationen, welche eine Ausnahme be-

¹³ Einführungsverordnung zum Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (EV ELG; BSG 841.311)

¹⁴ Informationsschreiben der GEF vom 7. Juli 2010 an die Gemeinden betreffend das Bundesgesetz über die Neuordnung der Pflegefinanzierung und dessen Auswirkungen auf die Gemeinden

gründen könnten. Zudem müssten Beitragsgesuche grundsätzlich vor der Projektrealisierung gestellt werden und nicht wie vorliegend nach weitgehendem Abschluss der Bauarbeiten. Schliesslich würden Staatsbeiträge immer nur subsidiär gewährt. Vorliegend sei angesichts des Bauvolumens und der Anzahl Plätze fraglich, ob die Trägerschaft die Kosten der Erdbebenertüchtigungsmassnahmen nicht selbst tragen könne.

Zusammenfassend begründet die Vorinstanz die Ablehnung des Gesuchs damit, dass grundsätzlich keine „Investitionsbeiträge für besondere Fälle“ mehr ausgerichtet würden, nachdem sich gezeigt habe, dass die Infrastrukturpauschale ausreiche, um die Infrastrukturkosten zu decken. Für eine Abweichung von dieser Praxis lägen keine Gründe vor. Insbesondere habe die Beschwerdeführerin nicht darlegen können, weswegen vorliegend vom Grundsatz der Subsidiarität abzuweichen wäre.

2.3 Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Beschwerde vom 23. März 2017 vor, sie habe ihr Gesuch vom 5. April 2016 auf eine Passage im Informationsschreiben der GEF vom 16. Februar 2010 an alle Alters-, Pflege- und Krankenhäuser im Kanton Bern sowie eine bis auf die Einschränkung „gegebenenfalls“ identische Passage im Schreiben der GEF vom 7. Juli 2010 an die Gemeinden¹⁵ gestützt. Aus dem Schreiben vom 7. Juli 2010 gehe hervor, dass die ausnahmsweise Ausrichtung eines Investitionsbeitrags kumulativ das Vorliegen eines „besonderen Falls“ wie beispielsweise Erdbebenertüchtigungsmassnahmen und die fehlende Deckung der Investitionen durch den Infrastrukturbeitrag voraussetze. Nicht definiert werde hingegen, über welchen Zeitraum hinweg eine Deckung der Investition durch den Infrastrukturbeitrag vorliegen müsse. Aus den beiden Informationsschreiben sowie den Regierungsratsbeschlüssen vom 23. Dezember 2009¹⁶ und 22. Juni 2016¹⁷ werde deutlich, dass vor dem 1. Januar 2011 der Kanton für Investitionen in die Infrastruktur der Alters- und Pflegeheime aufgekommen sei, ab dem 1. Januar 2011 diese Investitionen jedoch grundsätzlich durch den Infrastrukturbeitrag abgegolten würden. Die Möglichkeit, bei besonderen (beispielsweise im Rahmen der Erdbebenertüchtigung angefallenen) und nicht durch den Infrastrukturbeitrag gedeckten Ausgaben ausnahmsweise Investitionsbeiträge gewähren zu können, habe deshalb ebenfalls erst ab dem 1. Januar 2011 in Kraft treten können.

¹⁵ Informationsschreiben der GEF vom 7. Juli 2010 an die Gemeinden betreffend das Bundesgesetz über die Neuordnung der Pflegefinanzierung und dessen Auswirkungen auf die Gemeinden

¹⁶ Regierungsratsbeschluss 2195/2009 vom 23. Dezember 2009 betreffend das Bundesgesetz vom 13. Juni 2008 über die Neuordnung der Pflegefinanzierung

¹⁷ Regierungsratsbeschluss 746/2016 vom 22. Juni 2016

Der Kanton sei davon ausgegangen, dass Massnahmen zur Erdbebenertüchtigung im Sanierungsfall generell Nachrüstungen aufgrund gesetzlicher Vorschriften darstellen würden, indem er solche Massnahmen explizit als Beispiel für eine Ausnahmefinanzierung des Kantons nach 2011 aufgrund gesetzlicher Vorschriften genannt habe. Die Voraussetzung einer entsprechenden Investition sei deshalb vorliegend erfüllt.

Zu prüfen bleibe, ob auch die zweite Voraussetzung der fehlenden Deckung durch den Infrastrukturbeitrag gegeben sei. Der Infrastrukturbeitrag sei ein zweckgebundener Bestandteil der Ergänzungsleistungen, welcher zwingend für Gebäudeunterhalt und -erneuerungen eingesetzt werden müsse und Hypothekarzinsen sowie Abschreibungen für die Gebäude decken sollte. Der der Beschwerdeführerin für das Jahr 2016 gewährte Infrastrukturbeitrag von CHF 1'425'501.00 vermöge die Hypothekarzinsen für das Jahr 2016 von CHF 403'105.00 und die Abschreibungen von CHF 1'403'004.00 nicht zu decken. Die Kosten der Sanierungsarbeiten (inklusive Erdbebenertüchtigungsmassnahmen) von insgesamt CHF 4.5 Mio. hätten knapp aus Rückstellungen von CHF 4'506'653.95 sowie einer Hypothek über CHF 1 Million finanziert werden können.

Demnach seien die Kosten der Erdbebenertüchtigungsmassnahmen von CHF 760'000.00 nicht durch die Infrastrukturbeiträge gedeckt. Die Voraussetzung für eine Ausnahmefinanzierung sei damit erfüllt.

2.4 Die Vorinstanz weist in ihrer Beschwerdevernehmlassung vom 24. Mai 2017 darauf hin, dass ihr beim Entscheid über die Ausrichtung von Investitionsbeiträgen ein Ermessen zukomme. In Ausübung dieses Ermessens habe sie entschieden, den Pflegeheimen nach Einführung der Infrastrukturpauschale nur noch in Sonderfällen Investitionsbeiträge auszurichten, was mit den beiden Informationsschreiben vom 16. Februar 2010 sowie vom 7. Juli 2010 zur Kenntnis gebracht worden sei.

Die GEF sei mit Regierungsratsbeschluss (RRB 2195/2009) beauftragt worden, Richtlinien für die Ausrichtung der Investitionsbeiträge für besondere, durch den Infrastrukturbeitrag nicht gedeckte Fälle festzulegen. Diesem Auftrag sei die GEF nicht nachgekommen, weil bereits kurz nach der Systemumstellung absehbar gewesen sei, dass der ungleichen Ausgangslage der Pflegeheime mit der Rückerstattung der bis Ende 2010 erhaltenen Investitionsbeiträge ausreichend Rechnung getragen worden sei und sich weitere Massnahmen grundsätzlich als nicht notwendig erwiesen hätten. Auch sei deutlich geworden, dass die meisten Institutionen aufgrund der Bereitschaft von Banken, sich in der Finanzierung der Langzeitpflegeinstitutionen zu engagieren, die Möglichkeit einer Drittfinanzierung gehabt hätten. Die Infrastrukturpauschale habe demnach genügt. Dementsprechend sei der Auftrag zur Schaffung der Richt-

linien für besondere Fälle mit Regierungsratsbeschluss (RRB 776/2016) wieder aufgehoben worden.

Die Vorinstanz weist sodann darauf hin, dass durch die beiden Informationsschreiben keine Anspruchsgrundlage geschaffen worden sei. Das Informationsschreiben vom 7. Juli 2010 nenne lediglich beispielhafte Situationen, welche eine Ausnahme begründen könnten, jedoch nicht müssten. Aufgrund des im SHG verankerten Subsidiaritätsprinzips verstehe es sich von selbst, dass bei einer Deckung der Ausgaben durch die Infrastrukturpauschale keine Investitionsbeiträge ausgerichtet würden. Es bestehe ein grosser Ermessensspielraum bei der Frage, ob ausnahmsweise trotzdem ein Investitionsbeitrag ausgerichtet werde. Vorliegend gäbe es keine Gründe für ein Abweichen vom Subsidiaritätsprinzip. Ein eigentlicher Ausnahmetatbestand habe nie bestanden. Mit den Informationsschreiben sei lediglich zur Kenntnis gebracht worden, dass die Vorinstanz ihr Ermessen bei der Beitragsgewährung in Zukunft stark einschränken werde. Mit dem RRB 776/2016 sei folglich nicht ein Ausnahmetatbestand aufgehoben, sondern lediglich die Praxis der Vorinstanz vom Regierungsrat bestätigt worden.

Die Vorinstanz habe sich sodann weder zur Notwendigkeit von Erdbebenertüchtigungsmassnahmen geäussert noch diese angezweifelt. Sie habe lediglich festgehalten, dass die von der Beschwerdeführerin eingereichten Unterlagen weder den zwingenden Charakter der vorgenommenen Erdbebenertüchtigungsmassnahmen aufgrund gesetzlicher Vorschriften belegen noch eine Schlussfolgerung auf die Subventionswürdigkeit derselben zulassen würden.

Die Infrastrukturpauschale sei auf eine langfristige Finanzierung ausgelegt. Reiche sie nicht zur Kostendeckung aus, müsse die Trägerschaft die Finanzierung anderweitig sicherstellen. Es sei nicht Aufgabe der Vorinstanz und widerspreche dem Sinn und Zweck von Pauschalen, allfällige Finanzierungslücken zu schliessen. Angesichts des Gewinnvortrags von CHF 4'800'000.00 sei nicht ersichtlich, weshalb die Beschwerdeführerin die Kosten der Erdbebenertüchtigungsmassnahmen nicht eigenständig finanzieren könne. Auch aus den übrigen Angaben in der Beschwerde könne nicht darauf geschlossen werden, dass die Beschwerdeführerin zur Finanzierung der Erdbebenertüchtigungsmassnahmen zwingend auf einen Kantonsbeitrag angewiesen sei.

Zusammenfassend handle es sich bei Investitionsbeiträgen nicht um Anspruchs-, sondern um Ermessenssubventionen. Abgesehen von zwei länger zurückliegenden Ausnahmen seien im Pflegebereich seit dem Systemwechsel in der Finanzierung der Infrastruktur keine Investitionsbeiträge mehr ausgerichtet worden. Im vorliegenden Fall bestehe kein Anlass, von dieser Praxis abzuweichen.

3. Neuordnung der Pflegefinanzierung

Die Frage, ob die Beschwerdeführerin Anspruch auf einen Investitionsbeitrag in der Höhe von CHF 760'000.00 zur Finanzierung von Erdbebenertüchtigungsmassnahmen hat, ist vor dem Hintergrund der Neuordnung der Pflegefinanzierung zu beurteilen. Nachfolgend ist deshalb kurz zu erläutern, was diese Neuordnung beinhaltet:

Per 1. Januar 2011 musste im Kanton Bern das Finanzierungssystem für Pflegeheime an die auf diesen Zeitpunkt in Kraft tretenden Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Neuordnung der Pflegefinanzierung angepasst werden. Im Rahmen dieser Anpassung hat der Regierungsrat auch die Mitfinanzierung der Infrastruktur von Pflegeheimen angepasst. Anstelle direkt von Kanton oder Gemeinden ausgerichteter Investitionsbeiträge wurden neu sämtlichen Heimbewohnerinnen und Heimbewohnern auch die Infrastrukturkosten in Rechnung gestellt. Personen, welche diese nicht selber bezahlen konnten, erhielten entsprechend höhere Ergänzungsleistungen. Dies entsprach dem Prinzip der Subsidiarität, sollte die Transparenz des Finanzierungssystems erhöhen und zu einer Gleichbehandlung der Bewohnerinnen und Bewohner unabhängig des Aufenthaltsortes führen.¹⁸

Ab dem Zeitpunkt des Systemwechsels sollten Investitionen durch die Trägerschaften, bei Bedarf unter Beschaffung des notwendigen Kapitals auf dem Kapitalmarkt finanziert werden, während der Kanton nur noch in speziellen Fällen Beiträge à fonds perdu ausrichten sollte. Die dadurch entstehende Mehrbelastung der Trägerschaften sollte durch die Beteiligung von vermögenden Personen an den Kosten der baulichen Infrastruktur vermindert werden, dies wiederum sollte durch die Integrierung der Investitionskosten in die Tarife der Heime erfolgen, d.h. die Heimtarife wurden um einen Infrastrukturzuschlag pro Pflege-tag erhöht. Mit dem Systemwechsel in der Infrastrukturfinanzierung sollte die Ungleichbehandlung der Institutionen (und damit der Heimbewohnerinnen und Heimbewohner) beseitigt werden. Bisher hätten Heimbewohnerinnen und Heimbewohner für gleiche Leistungen – abhängig davon, ob und in welchem Umfang Investitionsbeiträge an die Institution ausgerichtet worden seien – systembedingt einen unterschiedlichen Preis bezahlt. Neu sollten für alle Institutionen die gleichen Modalitäten für die Abgeltung der entstehenden Kosten gelten und allfällige, durch bereits erhaltene Investitionsbeiträge entstandene Vorteile von Institutionen ausgeglichen werden.¹⁹

Mit dem neuen Finanzierungssystem sollten demnach alle 320 Pflegeheime im Kanton Bern gleich finanziert werden, unabhängig von der Trägerschaft und unabhängig davon, ob den

¹⁸ Vgl. Vortrag der GEF vom 15. September 2011 zum RRB 1631/2011 betreffend Rückforderung von ausgerichteten Investitionsbeiträgen per 31. Dezember 2010, Ausnahmen von der Rückerstattungspflicht (Einnahmenverzicht); (fortan: Vortrag Einnahmenverzicht), S. 1 Ziff. 1

¹⁹ Vgl. Vortrag der GEF an den Regierungsrat zum Bundesgesetz vom 13. Juni 2008 über die Neuordnung der Pflegefinanzierung vom 16. Dezember 2009, S. 6 ff. Ziff. 2.1.3.2.

Institutionen in den letzten Jahren Investitionsbeiträge der Gemeinden oder des Kantons gewährt worden waren. Daher waren bei allen dem neuen Finanzierungssystem unterliegenden Institutionen die „Startbedingungen“ anzugleichen. Dies erfolgte gemäss Art. 33a Abs. 1 EV ELG durch die anteilmässige Rückerstattung der zwischen dem 1. Januar 1991 und dem 31. Dezember 2010 vom Kanton gemäss Sozialhilfegesetzgebung ausgerichteten Investitionsbeiträge. Von der Rückerstattung ausgenommen waren Investitionsbeiträge, die für besondere Fälle wie beispielsweise das Erreichen des Minergiestandards 2010 oder Massnahmen zur Erdbebenertüchtigung ausgerichtet worden waren (Art. 33a Abs. 1 EV ELG).

Die Aufnahme einer Bestimmung in Art. 33a EV ELG betreffend nicht zurückzuerstattender Investitionsbeiträge erfolgte angesichts unterschiedlicher Ausgangslagen in den Pflegeheimen im Kanton Bern hinsichtlich des baulichen Zustands der Infrastruktur und der realisierten bau fachlichen Standards. Da insbesondere beim energiebewussten Bauen (Minergiestandards) und der Erdbebensicherheit grosse Fortschritte erzielt worden waren, wurden bei neueren Bauten in diesen Bereichen – durchaus im Sinne der kantonal erwünschten Standards (z.B. Energieleitbild) und teilweise auf explizite Empfehlung des Kantons hin – höhere Standards umgesetzt als dies bei den Bauten, die der Kalkulation der anrechenbaren Kosten für die Ergänzungsleistungen zu Grunde lagen, der Fall war. Insofern waren diese Mehraufwendungen, soweit sie vom Kanton erwünscht oder gar gefordert wurden, nicht in die Berechnung des zurückzuerstattenden Betrages einzubeziehen.²⁰

Auch unter dem neuen Finanzierungssystem konnten bestehende Pflegeheime finanzielle Mittel des Kantons beantragen für Kosten, die ihnen aus der nachträglich nötigen Erdbebener tüchtigung oder aufgrund von Sanierungsmassnahmen, die der Erreichung von Minergie Standards bereits bestehender Gebäude dienten, entstanden waren. Diese Möglichkeit bestand, weil einerseits der anhand Neubauten kalkulierte Infrastrukturbetrag solche bei Altbauten deutlich höhere Zusatzkosten nicht enthielt und andererseits der Kanton im Rahmen seiner Versorgungspflicht eine den qualitativen und sicherheitstechnischen Aspekten entsprechende Bausubstanz für die stationäre Pflege von betagten Menschen sicherzustellen hat.²¹ Künftige Gesuche um ausserordentliche kantonale Investitionsbeiträge mussten jedoch sehr gut begründet sein. Stattgegeben werden sollte ihnen höchstens nach Abklärung aller denkbaren Alternativen und bei deutlicher Gefährdung der Versorgungssicherheit ohne finanzielle Unterstützung des Kantons.²²

Alle anderen Ursachen, welche in der Vergangenheit bei Bauprojekten zu überdurchschnittlichen Kosten führten, mussten künftig von den Institutionen rechtzeitig und grundsätzlich in

²⁰ Vgl. Vortrag Einnahmeverzicht, a.a.O., S. 1 f. Ziff. 1

²¹ Vgl. Vortrag Einnahmeverzicht, a.a.O., S. 10 Ziff. 5

²² Vgl. Vortrag Einnahmeverzicht, a.a.O., S. 9 Ziff. 4.3

ihrer Geschäftsplanung berücksichtigt werden. Es lag in der mit dem neuen Finanzierungssystem angestrebten und auch erreichten Eigenverantwortung und Autonomie der Institutionen, für zukünftige Bauprojekte Lösungen zu finden, die mit den erwirtschafteten Mitteln und eventuellen zweckgebundenen Förderbeiträgen (im energetischen Bereich) oder anderweitigen Zuschüssen finanziert werden konnten. Zudem entsprach es dem Subsidiaritätsgebot, dass die Institutionen sämtliche anderweitig erhältlichen Beiträge und Zuschüsse einholen mussten. Die GEF hatte gegenüber dem Verband Berner Pflege- und Betreuungszentren und den Institutionen von Beginn an klar kommuniziert, dass Ausnahmeregelungen nur einmalig, im Sinne einer – kurzen – Übergangsfrist möglich seien und nur vor Ende 2010 gestellte Anträge geprüft werden konnten. Dieser Beschluss bezog sich ausschliesslich auf Rückzahlungen von geleisteten Beiträgen, weswegen ihm kein präjudizierender Charakter für allfällige zukünftige Beitragsgewährungen zukommen sollte.²³

4. Grundlagen für einen Investitionsbeitrag

4.1 Rechtsgrundlagen

4.1.1 Nachfolgend ist als erstes zu prüfen, ob für den beantragten Investitionsbeitrag eine konkrete Grundlage in einem Gesetz oder einer Verordnung besteht.

4.1.2 Die Beschwerdeführerin betreibt ein Alters- und Pflegeheim und erbringt damit Leistungen in der institutionellen Sozialhilfe nach Art. 58 Abs. 1 SHG²⁴. Die institutionellen Leistungsangebote umfassen ambulante, teilstationäre und stationäre Leistungen in den Wirkungsbereichen finanzielle Existenzsicherung, persönliche Autonomie, berufliche und soziale Integration sowie den Lebensbedingungen (Art. 58 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 SHG). Die GEF stellt im Rahmen der verfügbaren Mittel und der strategischen Vorgaben des Regierungsrates die erforderlichen Leistungsangebote bereit (Art. 60 Abs. 1 SHG). Dazu gehören Angebote für erwachsene Menschen mit einem behinderungs- oder altersbedingten Pflege- und Betreuungsbedarf (Art. 67 Abs. 1 SHG) wie namentlich die Leistungen von Wohn- und Pflegeheimen (Art. 67 Abs. 2 Bst. b SHG). Die Abgeltung von Leistungen der Leistungserbringer erfolgt durch Beiträge des Kantons oder der Gemeinden an die Leistungserbringer oder an die Leistungsempfänger (Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 Abs. 1 SHG und Art. 25 Abs. 1 SHV²⁵).

4.1.3 Vorliegend geht es um Staatsbeiträge des Kantons, weshalb zudem das StBG anwendbar ist (Art. 2 Abs. 1 StBG und Art. 25 Abs. 2 SHV).

²³ Vgl. Vortrag Einnahmeverzicht, a.a.O., S. 10 Ziff. 5.1

²⁴ Gesetz vom 11. Juni 2001 über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfegesetz, SHG; BSG 860.1)

²⁵ Verordnung vom 24. Oktober 2001 über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfeverordnung, SHV; BSG 860.111)

Das StBG stellt den „Allgemeinen Teil“ des gesamten kantonalen Staatsbeitragsrechts dar und vereinheitlicht das in den diversen Spezialgesetzen geregelte Staatsbeitragsrecht durch allgemeine Grundsätze und Verfahren, ist jedoch nie eigenständige Grundlage für die Gewährung von Staatsbeiträgen.²⁶

Als Staatsbeiträge gelten finanzielle Beiträge, die einer Empfängerin oder einem Empfänger ausserhalb der Kantonsverwaltung gewährt werden, ohne dass der Kanton eine direkte Gegenleistung erhält. Sie werden als Finanzhilfen oder Abgeltungen gewährt (Art. 3 Abs. 1 StBG). Vorliegend handelt es sich um Abgeltungen, also um Leistungen, die an ausserhalb der Kantonsverwaltung stehende Staatsbeitragsempfängerinnen oder -empfänger gewährt werden, um die finanziellen Lasten, welche sich aus der Erfüllung öffentlich-rechtlich vorgeschriebener oder übertragener Aufgaben ergeben, zu mildern oder auszugleichen (Art. 3 Abs. 3 StBG).

Die Gewährung von Staatsbeiträgen setzt voraus, dass für deren Ausrichtung eine genügende Rechtsgrundlage besteht (Art. 7 Abs. 1 Bst. a StBG) und dass die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller Gewähr für eine sachgerechte Aufgabenerfüllung bietet sowie in der Lage ist, die Bedingungen und Auflagen zu erfüllen (Art. 7 Abs. 1 Bst. c StBG).

Beiträge an Leistungserbringer können als Betriebs- oder Investitionsbeiträge gewährt werden (Art. 74a Abs. 1 SHG und Art. 11 Abs. 1 StBG). Investitionsbeiträge werden im Rahmen der Betriebsbeiträge oder separat abgegolten (Art. 11 Abs. 2 StBG). Investitionsbeiträge sind geldwerte Leistungen, mit denen bei den Empfängerinnen und Empfängern von Staatsbeiträgen dauerhafte Vermögenswerte mit Investitionscharakter begründet werden (Art. n12 Abs. 1 StBG). Werden Investitionsbeiträge gewährt, so sind in der Regel im Voraus der Höchstbetrag der kantonalen Leistung (Art. n12 Abs. 2 Bst. a StBG), der Höchstbetrag der anrechenbaren Kosten (Art. n12 Abs. 2 Bst. b StBG) und der anwendbare Beitragssatz (Art. n12 Abs. 2 Bst. c StBG) festzulegen.

Die Beiträge werden durch Vertrag oder durch Verfügung gewährt (Art. 74 Abs. 2 SHG), die Ablehnung von Beitragsgesuchen erfolgt in jedem Fall mittels Verfügung (vgl. Art. 9 Abs. 3 StBG i.V.m. Art. 25 Abs. 2 SHV).²⁷

4.1.4 Der Umfang des Staatsbeitrages ist aufgrund der allgemeinen Bestimmungen zur Gewährung von Staatsbeiträgen sowie dem Spezialrecht festzusetzen (vgl. Art. 2 Abs. 1 und 2 StBG). Die Beiträge an die Leistungserbringer und Leistungsempfänger werden grundsätzlich leistungsorientiert und nach Möglichkeit prospektiv und aufgrund von Normkosten festgesetzt (Art. 75 Abs. 1 SHG, Art. 27 Abs. 1 SHV). Der Begriff der leistungsorientierten Bei-

²⁶ Lienhard/Engel/Schmutz, in: Müller/Feller (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, Bern 2013, 15. Kapitel Rz.162 f.

²⁷ Vgl. dazu Urteil des Verwaltungsgerichts der Kantons Bern vom 4. Februar 2013, Nr. 100.2012.264 E. 4.7

tragsbemessung wird in der Lehre dahingehend konkretisiert, dass grundsätzlich ausschliesslich jene in Menge und Qualität vertraglich definierten und effektiv erbrachten Leistungen abzugelten sind. Die prospektive Ausrichtung bedeutet, dass der Leistungsvertrag im Voraus die Leistungserbringung im Folgejahr bzw. in den Folgejahren regelt.²⁸ Die Normkosten entsprechen den Kosten, die einem Betrieb bei der wirtschaftlichen und sparsamen Erbringung von qualitativ guten Leistungen entstehen. Die besondere Gesetzgebung regelt das Nähere zur Festlegung von Beiträgen aufgrund von Normkosten (Art. 13a StBG). Bei Fehlen von Normkosten können die Beiträge unter Berücksichtigung der effektiven Betriebs- und Baukosten festgesetzt werden (Art. 27 Abs. 2 SHV). Weiter begrenzt sich der Anspruch auf einen Staatsbeitrag auf die für den Betrieb notwendige Finanzierung: Der Beitrag ist so festzusetzen, dass die Institution ihren Leistungsauftrag den gesetzlichen Grundlagen entsprechend erfüllen kann (vgl. Art. 75 Abs. 1 und Art. 76 Abs. 1 SHG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 Bst. c StBG).²⁹

4.1.5 Schliesslich ist die Ausrichtung von Staatsbeiträgen **subsidiär** (Art. 9 Abs. 1 SHG). Subsidiarität in der institutionellen Sozialhilfe bedeutet, dass Kanton und Gemeinden Leistungsangebote in Ergänzung zur privaten Initiative nur soweit bereitstellen und finanzieren, als dies zur Sicherstellung eines bedarfsgerechten Angebotes nötig ist (Art. 9 Abs. 3 SHG). Bei der Bemessung der Beiträge sind die Tariferträge und die Beiträge der Sozialversicherer voll und die Eigenmittel angemessen anzurechnen (Art. 75 Abs. 2 SHG). Der Regierungsrat kann nähere Vorschriften zur Beitragsfestsetzung, zur Tarifierung der Leistungen und zur Anrechnung der Eigenmittel der Leistungserbringer erlassen (Art. 75 Abs. 3 SHG). Die Betriebs- und Baukosten werden vom Kanton nur soweit übernommen, als sie nicht anderweitig gedeckt werden können (Art. 28 Abs. 1 SHV). Vorrang gegenüber den Beiträgen des Kantons haben Beiträge und Leistungen Dritter, insbesondere des Bundes, anderer Kantone und der Sozialversicherer (Art. 28 Abs. 2 Bst. a SHV), Beiträge und Gebühren der Benutzerinnen und Benutzer (Art. 28 Abs. 2 Bst. b SHV) sowie Eigenmittel der Leistungserbringer (Art. 28 Abs. 2 Bst. c SHV).

4.2 Anspruchs- und Ermessenssubventionen

4.2.1 Staatsbeiträge lassen sich unterscheiden zwischen Anspruchs- und Ermessenssubventionen: Auf Anspruchssubventionen besteht ein Rechtsanspruch, welcher den Subventionsempfängern durch Spezialgesetze eingeräumt wird. Sobald die spezialgesetzlichen Voraussetzungen zur Gewährung der Subvention erfüllt sind, ist die Behörde verpflichtet, einen Beitrag zu sprechen. Möglicherweise steht ihr ein Ermessen bei der Festsetzung der Bei-

²⁸ Pascal Coullery/Paul Meyer, Gesundheits- und Sozialhilferecht, in: Müller/Feller, Bernisches Verwaltungsrecht, Bern 2013, 12. Kapitel, Rz. 144-147

²⁹ Vgl. auch Beschwerdeentscheid der GEF vom 26. August 2014 (RA Nr. 2013-0828) E. 3.4

tragshöhe zu, keinesfalls aber ein Entschliessungsermessen bezüglich der Subventionsgewährung an sich.³⁰ Verbleibt der Verwaltung hinsichtlich einzelner Beitragsvoraussetzungen ein gewisser Beurteilungsspielraum und kann sie innerhalb bestimmter Grenzen den Subventionssatz festsetzen, so nimmt dies einer Subvention nicht ihren Anspruchscharakter.³¹ Der anspruchsbegründende Charakter einer Subvention wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass es an einer Festlegung der Höhe der Beiträge oder jedenfalls ihrer Mindesthöhe fehlt.³² Demgegenüber steht der Behörde bei den Ermessenssubventionen ein Entschliessungsermessen zu, ob sie einen Beitrag ausrichten will oder nicht. Dabei ist die Behörde aber keineswegs völlig frei, sondern an die allgemeinen Verfassungsgrundsätze, insbesondere an das Willkürverbot, die Rechtsgleichheit und das Verhältnismässigkeitsprinzip gebunden.³³

4.2.2 Art. 75 Abs. 1 und Art. 76 Abs. 1 SHG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 Bst. c StBG begründen einen grundsätzlichen Anspruch der Leistungserbringer auf Abgeltung der im Auftrag der GEF angebotenen und erbrachten Leistungen. Die Institution hat einen Anspruch darauf, dass die Betriebsbeiträge so festgesetzt werden, dass sie ihren Leistungsauftrag den gesetzlichen Grundlagen entsprechend erfüllen kann. Der Anspruch beschränkt sich auf die für den Betrieb notwendige Finanzierung, wobei die Beiträge Dritter voll und die Eigenmittel angemessen zu berücksichtigen sind (vgl. Art. 75 Abs. 2 SHG und Art. 28 Abs. 1 und 2 SHV). Die Vorinstanz hat somit kein Entschliessungsermessen, ob sie die im Auftrag der GEF erbrachten Leistungen abgeltet will oder nicht. Lediglich bei der Ausgestaltung und Bemessung der Abgeltung kommt ihr ein gewisses Ermessen zu: Sie hat die Abgeltung so festzulegen, dass die Kosten, die einem Leistungserbringer bei der wirtschaftlichen und sparsamen Erbringung von qualitativ guten Leistungen entstehen und die nicht anderweitig gedeckt werden (z.B. durch Eigenmittel), abgegolten sind.

4.3 Ausrichtung eines Investitionsbeitrags für Erdbebenertüchtigungsmassnahmen im vorliegenden Fall

4.3.1 Nachfolgend ist zu prüfen, ob die vorgenommenen Erdbebenertüchtigungsmassnahmen erforderlich waren für die gehörige Erfüllung des Leistungsauftrags der Beschwerdeführerin und ob die dabei entstandenen Kosten von CHF 760'000.00 durch die Infrastrukturpauschale abgedeckt werden oder anderweitig finanziert werden können, die Beschwerdeführerin mithin auf die Ausrichtung eines Investitionsbeitrags angewiesen ist.

³⁰ Lienhard/Engel/Schmutz, a.a.O., 15. Kapitel Rz. 171

³¹ BGE 110 Ib 397 E. 1

³² René A. Rhinow, Wesen und Begriff der Subvention in der Schweizerischen Rechtsordnung, 1971, 169

³³ Lienhard/Engel/Schmutz, a.a.O., 15. Kapitel Rz. 172

4.3.2 Ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen, die bestimmte Massnahmen zur Erdbebenertüchtigung vorschreiben, gibt es nicht. Keinen Anspruch auf Ausrichtung eines Investitionsbeitrags für Erdbebenertüchtigungsmassnahmen begründet Art. 33a Abs. 1 EV ELG, der sich auf Ausnahmen von der Rückerstattung von bis Ende 2010 bezogenen Investitionsbeiträgen bezieht. Gleichwohl handelt es sich bei Erdbebenertüchtigungsmassnahmen, genau wie bei den Massnahmen zur Erreichung eines Minergiestandards, grundsätzlich um sinnvolle und vom Kanton erwünschte und empfohlene Investitionen (vgl. Erwägung 3 hievor).

Dem von der Beschwerdeführerin bei K.____ in Auftrag gegebenen Gutachten vom 26. Juni 2012 lässt sich zur Frage der Notwendigkeit von Erdbebenertüchtigungsmassnahmen Folgendes entnehmen: Ein Gesetz, welches den Eigentümer eines Bauwerks ausdrücklich verpflichten würde, sein bestehendes Gebäude derart zu renovieren, dass es erdbebensicher wird, gebe es nicht. Eine Pflicht könne sich aber insbesondere aus der Werkeigentümergehaftung gemäss Art. 50 OR³⁴ indirekt ergeben: Der Werkeigentümer habe dafür zu sorgen, dass sein Werk bei bestimmungsgemäsem Gebrauch weder Personen noch Güter gefährde. Ob ein Werk eine genügende Sicherheit biete, bestimme sich nach objektiven Anforderungen. Der Eigentümer müsse der Entwicklung der Technik folgen und allenfalls sein Werk dem neueren Stand der Sicherheitsmassnahmen anpassen. Damit stelle sich für den Werkeigentümer die praktische Frage, wie erdbebensicher sein Werk sein müsse, damit er im Schadensfall nicht gemäss Art. 58 OR hafte. In der Lehre werde überwiegend die Auffassung vertreten, ein Gebäude müsse dem Erdbeben mit einer Wiederkehrperiode von 75 Jahren standhalten bzw. ein Gebäude müsse mindestens 25% der bei einem Neubau erforderlichen Erdbebensicherheit aufweisen. Für Bauten mit höherer Zweckbestimmung (z.B. Lifeline-Bauten) seien ein höheres minimales Sicherheitsniveau bzw. grössere entsprechende Wiederkehrperioden massgebend. Eine gesicherte Rechtsprechung bestehe jedoch nicht. Ob eine Überprüfung der Werksicherheit geboten sei oder nicht, müsse im Einzelfall geprüft werden. Vor umfassenden Renovationsarbeiten sei jedoch eine Überprüfung zu empfehlen.

Vorliegend kann die Frage, ob Erdbebenertüchtigungsmassnahmen unabdingbar waren für die Gewährleistung der Gebäudesicherheit bzw. für die gute und effiziente Erfüllung des kantonalen Leistungsauftrags, nicht abschliessend beantwortet werden. Unbestritten ist jedoch, dass die Beschwerdeführerin gemäss kantonalen Empfehlungen gehandelt hat und entsprechende Investitionen in die Erdbebensicherheit eines älteren Gebäudes durchaus als sinnvoll und umsichtig zu werten sind.

³⁴ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; OR; SR 220)

4.3.3 Subsidiarität

4.3.3.1 Die Beschwerdeführerin führt aus, der Infrastrukturbeitrag schwanke seit seiner Einführung im Jahr 2011 zwischen CHF 1,4 und 1,5 Mio. pro Jahr. Der Infrastrukturbeitrag für das Jahr 2016 betrage CHF 1'425'501.00. Demgegenüber seien im Jahr Hypothekarzinsen von CHF 403'105.00 und Abschreibungen von CHF 1'403'004.00 angefallen. Da sowohl Hypothekarzinsen als auch Abschreibungen in nennenswertem Umfang erst ab 2016 fällig geworden seien, habe die Beschwerdeführerin zwischen 2011 und 2015 aus den Infrastrukturbeiträgen Rückstellungen in der Höhe von CHF 4'506'653.95 bilden können. Die Kosten der Sanierungsarbeiten von gesamthaft CHF 4.5 Mio. (inkl. Erdbebenertüchtigungsmassnahmen von CHF 760'000.00) hätten knapp aus den Rückstellungen finanziert werden können. Der Infrastrukturbeitrag 2016 decke weder die Hypothekarzinsen und Abschreibungen noch die Erdbebenertüchtigungsmassnahmen von CHF 760'000.00. Es sei anzunehmen, dass dies auch in den kommenden Jahren nicht der Fall sein werde. Der zu erwartende Fehlbetrag von jährlich rund CHF 400'000.00 bis 500'000.00 sollte künftig – wie bereits 2016 – teilweise über Rückstellungen finanziert werden. Der Finanzplan für das Neubau- und Sanierungsprojekt sei gestützt auf das Informationsschreiben der GEF unter der Annahme erstellt worden, dass die GEF für die Erdbebenertüchtigungsmassnahmen in der Höhe von CHF 760'000.00 aufkommen werde. Aufgrund des bisher abschlägigen Bescheids habe die Beschwerdeführerin bei der Bank einen Überbrückungskredit in Form einer zusätzlichen Hypothek über CHF 1 Mio. beantragen müssen. Diese Mehrbelastung sei nicht einkalkuliert gewesen und habe zu einer zusätzlichen Zinslast und höheren Amortisationen geführt.³⁵

4.3.3.2 Die Vorinstanz hält dem entgegen, die Infrastrukturpauschale sei so angelegt, dass der gesamte Lebenszyklus einer Immobilie finanziert werden könne (langfristige Finanzierung). Reiche die Infrastrukturpauschale nicht zur Kostendeckung aus, beispielsweise infolge höherer Baukosten, zu grosszügiger Bauweise oder zusätzlicher Kosten für Unvorhergesehenes, müsse die Trägerschaft die Finanzierung anderweitig sicherstellen. Es sei nicht Aufgabe der Vorinstanz und widerspreche Sinn und Zweck von Pauschalen, allfällige Finanzierungslücken zu schliessen. Aufgrund des Gewinnvortrags in der Höhe von CHF 4'800'000.00 sei nicht ersichtlich, weshalb die Beschwerdeführerin nicht in der Lage sein sollte, die Kosten der Erdbebenertüchtigungsmassnahmen selbst zu finanzieren. Auch im Übrigen könne nicht geschlossen werden, dass die Beschwerdeführerin zur Finanzierung der Erdbebenertüchtigungsmassnahmen zwingend auf einen Kantonsbeitrag angewiesen sei.³⁶

³⁵ Beschwerde vom 23. März 2017, Rz. 5.1, 5.2 und 5.3

³⁶ Beschwerdevernehmlassung vom 24. Mai 2017, S. 4 Ziff. 2.6

4.3.3.3 Aus der Erfolgsrechnung der Beschwerdeführerin für das Jahr 2016³⁷ geht hervor, dass dem Ertrag aus Infrastrukturleistungen (Infrastrukturpauschale) in der Höhe von CHF 1'425'501.00 ein Finanzaufwand von CHF 403'105.00 (Hypothekarzinsen) sowie Abschreibungen in der Höhe von CHF 1'403'004.00 gegenüber stehen.

Den Ausführungen der Beschwerdeführerin kann damit insoweit gefolgt werden, als dass die Infrastrukturpauschale für das Jahr 2016 die in diesem Jahr angefallenen Hypothekarzinsen, die Abschreibungen und die Kosten der Erdbebenertüchtigungsmassnahmen nicht zu decken vermag. Aus den Ausführungen der Beschwerdeführerin wie der Erfolgsrechnung 2016, der Bilanz 2016 und dem Anhang zur Jahresrechnung 2016 (vgl. Beschwerdebeilagen 6 bis 8) geht jedoch auch hervor, dass in den Jahren 2011 bis und mit 2015 Rückstellungen von rund CHF 4,5 Mio. gemacht werden konnten und der gesamte Umbau (und damit auch die Erdbebenertüchtigungsmassnahmen) aus diesen Rückstellungen sowie mittels einer Hypothek in der Höhe von CHF 1 Mio. finanziert wurde. Rückstellungen von rund CHF 4,5 Mio. waren nur möglich, weil die Infrastrukturpauschalen der Jahre 2011 bis 2015 die Infrastrukturkosten dieser Jahre klar überstiegen. Es ist nicht erforderlich, dass die in einem Jahr angefallenen Infrastrukturkosten vollumfänglich durch die Infrastrukturpauschale dieses Jahres gedeckt werden. Vielmehr kann die Finanzierung – wie vorliegend – durch Rückstellungen aus zu hohen Pauschalen der Vorjahre sichergestellt werden.

4.3.3.4 Die Beschwerdeführerin hat somit den Umbau und damit auch die Erdbebenertüchtigungsmassnahmen aus Rückstellungen aus Betriebsmitteln und aus Infrastrukturbeiträgen³⁸ sowie mit Hilfe einer (innert Jahresfrist rückzahlbaren) Hypothek von CHF 1'000'000.00³⁹ finanziert. Sie ist demnach nicht auf eine zusätzliche Finanzierung durch den Kanton angewiesen. Dies wird auch deutlich durch den Umstand, dass die Beschwerdeführerin das Staatsbeitragsgesuch nicht vor dem Umbau, sondern erst nach Abschluss der Bauarbeiten gestellt hat. Sie konnte demnach die Erdbebenertüchtigungsmassnahmen offensichtlich selber finanzieren und ist nicht auf eine kantonale Abgeltung angewiesen.

Die Ausrichtung eines Investitionsbeitrags für Erdbebenertüchtigungsmassnahmen würde demnach dem Grundsatz der Subsidiarität widersprechen.

³⁷ Erfolgsrechnung 2016 vom 24. Februar 2017, Beschwerdebeilage 6

³⁸ Vgl. Anhang zur Jahresrechnung 2016, Ziff. 4, Beschwerdebeilage 8

³⁹ vgl. Bilanz 2016, Kurzfristige verbindliche Verbindlichkeiten, Beschwerdebeilage 7

4.4 Verbot widersprüchlichen Verhaltens / Vertrauenshaftung

4.4.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe die Investition von CHF 760'000.00 im Vertrauen auf zwei Informationsschreiben der Vorinstanz vom 16. Februar und 7. Juli 2010 und gestützt auf die Regierungsratsbeschlüsse vom 23. Dezember 2009⁴⁰ und 22. Juni 2016⁴¹ getätigt.

4.4.2 Der **Grundsatz von Treu und Glauben** gebietet ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr (vgl. Art. 5 Abs. 3 BV⁴²). Er ist für die Beziehungen unter den Privaten wie für das Verhältnis zwischen dem Gemeinwesen und den Privaten elementar, gilt jedoch auch im Verhältnis zwischen Gemeinwesen. In der Form des sog. **Vertrauensschutzes** (Art. 9 BV) verleiht er den Privaten einen Anspruch auf Schutz ihres berechtigten Vertrauens in das bestimmte Erwartungen begründende Verhalten der Behörden. Als **Verbot widersprüchlichen Verhaltens** und als **Verbot des Rechtsmissbrauchs** verbietet er sowohl den staatlichen Behörden wie auch den Privaten, sich in ihren öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen widersprüchlich oder rechtsmissbräuchlich zu verhalten.⁴³

Der Vertrauensschutz setzt zunächst einen Vertrauenstatbestand, eine Vertrauensgrundlage voraus. Dazu gehören insbesondere Rechtsanwendungsakte wie Verfügungen und Entscheide, verwaltungsrechtliche Verträge, Auskünfte und Zusagen sowie die Verwaltungs- und Gerichtspraxis. Dagegen stellen Rechtssetzungsakte in der Regel keine Vertrauensgrundlage dar.⁴⁴ Auf Vertrauensschutz kann sich nur berufen, wer von der Vertrauensgrundlage Kenntnis hatte und ihre allfällige Fehlerhaftigkeit nicht kannte und auch nicht hätte kennen sollen. Weiter kann in der Regel Vertrauensschutz nur geltend machen, wer gestützt auf sein Vertrauen eine Disposition getätigt hat, die ohne Nachteil nicht wieder rückgängig gemacht werden kann. Dies ist u.a. der Fall, wenn aufgrund einer behördlichen Zusage Investitionen vorgenommen oder bestimmte Massnahmen unterlassen worden sind. Zwischen Vertrauen und Disposition muss ein Kausalzusammenhang gegeben sein. Schliesslich bleibt zu prüfen, ob der Bejahung des Vertrauensschutzes ein überwiegendes öffentliches Interesse entgegensteht. Die Interessenabwägung im Einzelfall bleibt vorbehalten und bildet eine Schranke des Vertrauensschutzes.⁴⁵ Der Schutz der Privaten bei unrichtigen Auskünften der Behörden ist ein besonders wichtiger Anwendungsfall des Vertrauensschutzes. Er hängt im Einzelnen von folgenden Voraussetzungen ab:⁴⁶

⁴⁰ Regierungsratsbeschluss 2195/2009

⁴¹ Regierungsratsbeschluss 746/2016

⁴² Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

⁴³ Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage 2016, § 10, Rz. 620 ff., mit Hinweisen

⁴⁴ Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., § 10, Rz. 627 ff. und 640 f.

⁴⁵ Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., § 10, Rz. 654, 659, 663 f.

⁴⁶ Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., § 10, Rz. 667 ff.

- a) Eignung der Auskunft zur Begründung von Vertrauen: Nicht jede behördliche Auskunft taugt als Vertrauensbasis. Notwendig ist eine gewisse inhaltliche Bestimmtheit; eine lediglich vage Absichtskundgabe oder ein Hinweis auf eine bisherige Praxis genügt nicht. Unmassgeblich ist die Form der Auskunftserteilung; auch eine mündliche Auskunft kann verbindlich sein.
- b) Zuständigkeit der auskunftserteilenden Behörde.
- c) Vorbehaltlosigkeit der Auskunft.
- d) Unrichtigkeit der Auskunft nicht erkennbar.
- e) Nachteilige Disposition aufgrund der Auskunft: Der Adressat muss im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft eine Disposition getroffen oder unterlassen haben, die er nicht oder jedenfalls nicht ohne Schaden rückgängig machen oder nachholen kann. Die behördliche Auskunft muss für die nachteilige Disposition kausal gewesen sein.
- f) Keine Änderung des Sachverhaltes oder der Gesetzgebung.

Der Vertrauensschutz führt zu unterschiedlichen Rechtsfolgen: Er kann in der Form des sog. Bestandesschutzes eine Bindung der Behörden an die Vertrauensgrundlage bewirken oder aber den Privaten einen Entschädigungsanspruch gegenüber dem Staat verschaffen. Der finanzielle Ausgleich von Vertrauensschäden kommt vor allem dann in Betracht, wenn vermögenswerte Interessen Privater durch die im Vertrauen auf behördliches Verhalten getroffenen Massnahmen beeinträchtigt werden.⁴⁷

4.4.3 Vorliegend wurde mit **Regierungsratsbeschluss 2195/2009 vom 23. Dezember 2009** dem Systemwechsel bei der Finanzierung der Infrastruktur von Pflegeheimen grundsätzlich zugestimmt. Zudem wurde die GEF beauftragt, Richtlinien und Richtwerte für die zukünftige Ausrichtung von Investitionsbeiträgen für besondere Fälle (z.B. Nachrüstungen aufgrund gesetzlicher Vorschriften im Sanierungsfall), welche durch den Infrastrukturzuschlag im Rahmen der Höchstgrenzen der Ergänzungsleistungen nicht abgedeckt werden, festzulegen.

Mit **Informationsschreiben vom 16. Februar 2010** hielt die Vorinstanz gegenüber den Alters-, Pflege- und Krankenhaus im Kanton Bern folgendes fest:

„Grundsätzlich richtet die GEF ab 1. Januar 2011 bei sämtlichen Institutionen keine Investitionsbeiträge mehr aus. Ausnahme bilden gegebenenfalls Beiträge für besondere Fälle (z.B. Nachrüstungen aufgrund gesetzlicher Vorschriften im Sanierungsfall, wie beispielsweise Erd-

⁴⁷ Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., § 10, Rz. 700 ff., mit Hinweisen auf BGE 132 II 218, 228 f.; 125 II 431, 438 f.; 122 I 328, 340

*bebenertüchtigung), welche durch den Infrastrukturzuschlag im Rahmen der Höchstgrenzen der Ergänzungsleistungen nicht abgedeckt werden können.*⁴⁸

Das **Schreiben der Vorinstanz vom 7. Juli 2010** an die Gemeinden des Kantons Bern ist bis auf das Wort „gegebenenfalls“ identisch: *„Ausnahmen bilden Beiträge für besondere Fälle (z.B. Nachrüstungen aufgrund gesetzlicher Vorschriften im Sanierungsfall, wie beispielsweise Erdbebenertüchtigung)“*.

Mit **Regierungsratsbeschluss 746/2016 vom 22. Juni 2016** hat der Regierungsrat festgestellt, dass die erforderliche Infrastruktur der Pflegeheime mit der Infrastrukturpauschale sichergestellt werden könne. Auf eine zusätzliche Finanzierung der Pflegeheime mittels Ausrichtung von Investitionsbeiträgen für besondere Fälle hat er verzichtet.

4.4.4 Das Informationsschreiben vom 16. Februar 2010 richtet sich in allgemeiner Weise an alle Alters-, Pflege- und Krankenhäuser im Kanton Bern. Das (bis auf das Wort „gegebenenfalls“ identische) Informationsschreiben vom 7. Juli 2010 richtet sich demgegenüber an alle Gemeinden im Kanton Bern.

Die Informationsschreiben informieren alle Alters-, Pflege- und Krankenhäuser und Gemeinden im Kanton Bern gleichermassen über die neue Praxis nach der Neuordnung der Pflegefinanzierung. Sie kündigen somit in allgemeiner Weise eine Praxisänderung an. Eine solche ist unter folgenden Voraussetzungen zulässig:⁴⁹

- Es müssen ernsthafte und sachliche Gründe für die neue Praxis sprechen.
- Die Änderung muss grundsätzlich erfolgen.
- Das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung muss gegenüber demjenigen an der Rechtssicherheit überwiegen. „Gegenüber dem Postulat der Rechtssicherheit lässt sich eine Praxisänderung grundsätzlich nur begründen, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der ratio legis, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelten Rechtsanschauungen entspricht“.
- Die Praxisänderung darf keinen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellen.

Die Voraussetzungen für eine Praxisänderung sind vorliegend ohne weiteres erfüllt: Die Praxisänderung basiert auf der Neuordnung der Pflegefinanzierung und stützt sich mithin auf ernsthafte und sachliche Gründe; die Änderung erfolgte in grundsätzlicher Weise gegenüber

⁴⁸ Schreiben der Vorinstanz an alle Alters-, Pflege- und Krankenhäuser im Kanton Bern vom 16. Februar 2010, S. 4 „Investitionsbeiträge nur noch für Sonderfälle“

⁴⁹ Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., § 9, Rz. 589 ff., mit Hinweisen

allen Beteiligten; die Praxisänderung entspricht veränderten äusseren Verhältnissen, weswegen das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung überwiegt; ein Verstoss gegen Treu und Glauben ist vorliegend nicht ersichtlich.

Es fehlt jedoch bei beiden Informationsschreiben an der inhaltlichen Bestimmtheit der Auskunft. Ein Hinweis auf die geltende Praxis genügt nicht. Die Auskunft wurde nicht nur gegenüber der Beschwerdeführerin bezogen auf einen konkreten, individuellen Sachverhalt erteilt, vielmehr wurden alle Alters-, Pflege- und Krankenhäuser und Gemeinden im Kanton Bern in allgemeiner Weise informiert. Eine individuelle Vertrauens- bzw. Anspruchsgrundlage gegenüber der Beschwerdeführerin konnte damit nicht geschaffen werden. Das Schreiben vom 7. Juli 2010, worauf sich die Beschwerdeführerin wiederholt beruft, richtet sich zudem an die Gemeinden des Kantons Bern und vermag deshalb umso weniger eine individuelle Anspruchsgrundlage gegenüber der Beschwerdeführerin, die ein Alters- und Pflegeheim betreibt, zu schaffen.

Selbst wenn eine Anspruchsgrundlage geschaffen worden wäre, macht die Formulierung *„Ausnahme bilden (gegebenenfalls) Beiträge für besondere Fälle (z.B. Nachrüstungen aufgrund gesetzlicher Vorschriften im Sanierungsfall; wie beispielsweise Erdbebenertüchtigung)“* deutlich, dass zwar auch nach dem Systemwechsel ausnahmsweise in besonderen Fällen Investitionsbeiträge gewährt werden können, jedoch keine Pflicht zur Gewährung solcher Beiträge besteht. Massnahmen zur Erdbebenertüchtigung sind lediglich Beispiele für besondere Fälle; d.h. sie können eine Ausnahme begründen, müssen aber nicht. Der Umkehrschluss, dass sie stets eine Ausnahme begründen, trifft nicht zu. Vielmehr ist stets im Einzelfall zu prüfen, ob ein besonderer Fall vorliegt. Ein solcher besonderer Fall liegt nur dann vor, wenn die Massnahmen unabdingbar waren für die Erfüllung des Leistungsauftrags und die Kosten weder durch die Infrastrukturpauschale gedeckt sind noch anderweitig (z.B. durch Eigenmittel oder mittels Hypotheken) finanziert werden können.

Dem Regierungsratsbeschluss vom 23. Dezember 2009 lässt sich nur entnehmen, dass ursprünglich Richtlinien für besondere Fälle geschaffen werden sollten. Die GEF hat jedoch in der Folge auf die Schaffung solcher Richtlinien verzichtet, da deutlich wurde, dass keine zusätzlichen Kantonsbeiträge notwendig waren, um die erforderliche Infrastruktur zu einer ausreichenden Versorgung der Bevölkerung im Bereich der stationären Langzeitpflege sicherzustellen.⁵⁰ Dementsprechend hat der Regierungsrat im Regierungsratsbeschluss vom 22. Juni 2016 auf eine zusätzliche Finanzierung der Pflegeheime durch die Ausrichtung von Investitionsbeiträgen für besondere Fälle verzichtet. Auch die Regierungsratsbeschlüsse schaffen damit keine Vertrauens- bzw. Anspruchsgrundlage.

⁵⁰ Vgl. auch Beschwerdevernehmlassung S. 2 letzter Absatz

Somit kann die Beschwerdeführerin weder aus den beiden Informationsschreiben der Vorinstanz vom 16. Februar und dem 7. Juli 2010 noch den zitierten Regierungsratsbeschlüssen einen Anspruch auf Gewährung eines Investitionsbeitrags herleiten.

5. Ergebnis

Erdbebenertüchtigungsmassnahmen sind zwar grundsätzlich wünschenswerte und vom Kanton empfohlene Investitionen. Eine Grundlage, wonach Erdbebenertüchtigungsmassnahmen stets mit einem zusätzlichen Investitionsbeitrag abzugelten sind, fehlt jedoch. Die von der Beschwerdeführerin angerufenen Informationsschreiben und Regierungsratsbeschlüsse vermögen ebenfalls keine rechtsgenügende Anspruchsgrundlage zu schaffen. Vielmehr ist ein Investitionsbeitrag nur ausnahmsweise und nur dann zu sprechen, wenn die Erdbebenertüchtigungsmassnahmen zwingend notwendig waren für die Erfüllung des kantonalen Leistungsauftrags und die entsprechenden Kosten weder durch die Infrastrukturpauschale gedeckt werden noch eine anderweitige Finanzierung möglich ist. Vorliegend konnte die Beschwerdeführerin die Erdbebenertüchtigungsmassnahmen aus Rückstellungen und durch Aufnahme einer Hypothek finanzieren. Sie ist demnach nicht auf einen Staatsbeitrag angewiesen. Die Ausrichtung eines Investitionsbeitrags würde dem Grundsatz der Subsidiarität widersprechen. Daher ist die Beschwerde vom 23. März 2017 abzuweisen.

6. Kosten

6.1 Die Verfahrenskosten, bestehend aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 VRPG), werden der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG).

Vorliegend unterliegt die Beschwerdeführerin vollumfänglich. Dementsprechend werden die Verfahrenskosten, pauschal festgesetzt auf CHF 1'200.00, der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt (vgl. Art. 19 Abs. 1 GebV⁵¹).

6.2 Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder die Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Parteikosten umfassen den durch die be-

⁵¹ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; SR 154.21)

rufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Verwaltungsbehörden im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a VRPG, d.h. Organe des Kantons, seiner Anstalten und seiner Körperschaften, haben im Beschwerdeverfahren keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 108 Abs. 3 VRPG).

Die obsiegende Vorinstanz hat als Behörde im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a VRPG demnach keinen Anspruch auf Parteikostenersatz.

III. **Entscheid**

1. Die Beschwerde vom 23. März 2017 wird abgewiesen.
2. Die Verfahrenskosten, festgesetzt auf CHF 1'200.00, werden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt.

Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.

3. Parteikosten werden keine gesprochen.

IV. **Eröffnung**

- Beschwerdeführerin, per Einschreiben
- Vorinstanz, per Kurier

DER GESUNDHEITS- UND
FÜRSORGEDIREKTOR i.V.

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit schriftlicher und begründeter Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Speichergasse 12, 3011 Bern angefochten werden. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in 2 Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und greifbare Beweismittel sind beizulegen.