



Protokollauszug vom

26.05.2021

Departement Finanzen / Departementsleitung:

Coronavirus-Pandemie: Umgang mit Leistungsstörungen bei externen Leistungserbringer/innen

IDG-Status: öffentlich

SR.20.260-7

---

Der Stadtrat hat beschlossen:

1. Im Umgang mit Corona-bedingten Leistungsstörungen bei externen Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern werden unter Berücksichtigung der Ausführungen in der Begründung für das Jahr 2020 folgende Grundsätze gefasst:

- a. Die städtischen Leistungsentgelte mit dem Charakter von Fördersubventionen bleiben grundsätzlich vollumfänglich geschuldet, sofern die unterstützten Institutionen ihren im öffentlichen Interesse stehenden Aufgaben während der Zeit der nur eingeschränkt möglichen Leistungserbringung anderweitig bestmöglich nachgekommen sind oder ausgefallene Leistungen zu einem späteren Zeitpunkt nachholen.

Falls die vollständige Ausrichtung der städtischen Entgelte kumuliert mit staatlichen A-fonds-perdu Unterstützungsleistungen wie Kurzarbeitsentschädigungen oder branchenspezifischen Entschädigungen nach Beendigung der Corona-Pandemie zu unbeabsichtigten Gewinnen führt, macht die Stadt eine anteilmässige Rückforderung geltend.

- b. Die städtischen Leistungsentgelte für Marktleistungen werden gemäss den Bestimmungen des Obligationenrechts äquivalent zu den effektiv erbrachten Leistungsmengen ausgerichtet.

Wo die Stadt Winterthur aufgrund ihrer dominanten Stellung als Auftraggeberin eine Mitverantwortung für durch die Corona-bedingten Einschränkungen gefährdete wirtschaftliche Strukturen trägt, kann sie aus Kulanz einen Beitrag zur Sicherung der Weiterexistenz von betroffenen Vertragspartnerinnen und Vertragspartnern leisten, sofern diese ihrer Schadenminderungspflicht vollständig nachgekommen sind. Entsprechende Gesuche sind an die jeweils zuständigen Departemente zu richten, welche diese im Sinne von Ziffer 3.1 der Begründung prüfen und bei Erfüllung der Kriterien bis zum 15. Juli 2021 dem Departement Finanzen zur gesammelten Antragstellung an den Stadtrat zulasten des Corona-Verpflichtungskredits gemäss SR.20.226-2 weiterleiten.

- c. Abweichende gesetzliche oder im Einzelfall in der einschlägigen Verfügung oder in der einschlägigen Leistungsvereinbarung festgehaltene Regelungen bleiben vorbehalten.
2. Die Departemente und die Stadtkanzlei werden beauftragt, die Handhabung der Entgelte für das Jahr 2020 der in ihren Aufgabenbereich fallenden Leistungsvereinbarungen gemäss den Bestimmungen von Ziffer 1 zu vollziehen und die jeweiligen Vertragspartnerinnen und Vertragspartner bilateral über den vorliegenden Beschluss zu informieren.
3. Die Regelungen gemäss Ziffern 1 und 2 gelten für das Jahr 2021 sinngemäss.
4. Die Medienmitteilung wird gemäss Beilage genehmigt.
5. Mitteilung an: Alle Departemente; Stadtkanzlei; Stadtführungsstab; Parlamentsdienst zuhänden Ratsleitung; Finanzkontrolle.

Vor dem Stadtrat

Der Stadtschreiber:



A. Simon

## **Begründung:**

### **1. Ausgangslage**

Der Bundesrat hat im Laufe des Jahres 2020 verschiedene einschneidende Massnahmen zum Schutz der Bevölkerung – zuerst in Form einer verbindlichen Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) (COVID-19-Verordnung 2) und später gestützt auf das COVID-19-Gesetz – angeordnet. Diese führten zu einem teilweisen Stillstand des öffentlichen Lebens sowie der öffentlichen Verwaltung. Auch die Stadt Winterthur war in verschiedenen Bereichen von den Einschränkungen betroffen. Neben der Schliessung aller städtischen Unterhaltungs- und Freizeitbetriebe führte namentlich das öffentliche Versammlungsverbot, das Verbot von Präsenzunterricht an allen Bildungseinrichtungen sowie die Einschränkungen im Alters- und Pflegebereich zu merklichen Einschnitten in der städtischen Leistungsverwaltung.

Diese Einschnitte betrafen nicht nur die Kernverwaltung. Auch die Leistungen externer Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, welche im Auftrag der Stadt Winterthur Leistungen im öffentlichen Interesse erbrachten, waren verschiedentlich betroffen. Der Grad der Betroffenheit variierte dabei. Während gewisse Leistungen in modifizierter Form weiterhin erbracht werden konnten (Bsp. Musikschul-Einzelstunden mittels Skype, Teams, Zoom etc.), waren verschiedene Leistungen nur noch unter Inkaufnahme starker Einschränkungen (Bsp. Konzertproben Musikschule mittels Skype) oder gar nicht mehr zu erbringen (Bsp. Konzertvorführung Musikschule). Infolge der Coronakrise kam es somit verschiedentlich zu sogenannten Leistungsstörungen bei externen Leistungserbringerinnen und Leistungserbringern.

Um sich eine erste grobe Übersicht über das Ausmass der beeinträchtigten Leistungen zu verschaffen, hat der Krisenstab Finanzen im Sommer 2020 eine Umfrage bei den Departementen zur Erhebung der existierenden Leistungsvereinbarungen und Beiträge an Dritte durchgeführt. Daraus gingen folgende Resultate hervor: Von den rund 150 existierenden Leistungsvereinbarungen mit Dritten sind ca. 80 durch die Corona-Krise tangiert.

Diese Ausgangslage führt zu einer Reihe rechtlicher und politischer Fragen zum Umgang mit den Leistungsentgelten für unmöglich gewordene Leistungen.

## **2. Rechtliche Überlegungen**

### 2.1 Charakter von Leistungsvereinbarungen

Die städtischen Leistungsvereinbarungen mit Dritten können in zwei rechtliche Kategorien eingeteilt werden, deren Unterscheidung für den Umgang mit Leistungsstörungen relevant ist:

#### *A) Marktleistungen*

Zum einen schliesst die Stadt mit Dritten Vereinbarungen zur Erbringung von marktwirtschaftlichen Leistungen ab. Sie werden in der Regel gestützt auf das Beschaffungsrecht öffentlich ausgeschrieben und nach betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten in einem Wettbewerbsumfeld vergeben. Die jeweiligen Vertragspartnerinnen und Vertragspartner haben eine klar umschriebene Leistung zu erbringen und werden für die effektiv erbrachten Leistungsmengen entschädigt. Es handelt sich hierbei um zweiseitige Verträge, welche nachfolgend als Marktleistungen bezeichnet werden.

#### *B) Fördersubventionen*

Zum anderen werden Vereinbarungen zur Unterstützung oder Erhaltung von Leistungen im öffentlichen Interesse abgeschlossen. Diese Vereinbarungen kennzeichnen sich dadurch, dass sie zwar an eine Gegenleistung (Erfüllung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe) anknüpfen, aber der ausgerichtete Betrag nicht das Entgelt dafür darstellt. Beim Verhältnis zwischen staatlicher Geldzahlung und Gegenleistung steht die Unterstützung im Vordergrund und nicht das für privatrechtliche Verträge typische Äquivalenzprinzip. So ist z. B. bei Kulturinstitutionen primär ein Tätigwerden (Betrieb einer Kulturinstitution) geschuldet; in der inhaltlichen Ausgestaltung der Tätigkeit sind die Institutionen grundsätzlich frei (künstlerische Unabhängigkeit). Typischerweise werden solche Beiträge als jährliche Pauschale und nicht basierend auf messbare und effektiv erbrachte Leistungsmengen ausgerichtet, auch wenn solche Leistungsmengen in gewissen Verträgen festgeschrieben werden. Sie werden nachfolgend als Fördersubventionen bezeichnet.

### 2.2 Rechtliche Einordnung von Leistungsstörungen bei Marktleistungen

Für den rechtlichen Umgang mit Leistungsstörungen bei der Leistungserbringung durch externe Partnerinnen und Partner sind unterschiedliche Rechtsquellen und Rechtsgrundsätze heranzuziehen. Enthalten weder das der Leistung zugrundeliegende Gesetz noch die Verfügung bzw. der je nach Art der Leistung privatrechtlich oder verwaltungsrechtliche Vertrag eine explizite Regelung betreffend Umgang mit Leistungsstörungen, kommen als Quelle die allgemeinen Rechtsgrundsätze ins Spiel, sofern diese auch im öffentlichen Recht Anwendung finden (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St. Gallen 2010, N 184 ff.).

Im vorliegenden Fall einschlägig ist der Rechtsgrundsatz der Rückforderung einer grundlos erbrachten Leistung (Art. 62 ff. OR). Dies gilt im Besonderen, wenn der Leistungsübertragung ein privatrechtlicher Vertrag zu Grunde liegt. Er gilt jedoch auch im öffentlichen Recht, insbesondere

bei verwaltungsrechtlichen Verträgen, zumal bei deren Auslegung die obligationenrechtlichen Bestimmungen analog zur Anwendung gelangen (wobei sie nicht als privat-, sondern als verwaltungsrechtliche Normen gelten; vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1052 ff.).

Vorliegend führten die Verbote des Bundesrates dazu, dass die Erbringung verschiedener Leistungen teilweise oder ganz verunmöglicht wurde. Das Unmöglich werden einer Leistung ist in Art. 119 OR geregelt. In analoger Anwendung dieser Bestimmung bedeutet dies, dass die externen Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer von der Pflicht, ihre Leistung zu erbringen, für die Dauer der Verbote entbunden sind. Im Gegenzug ist die Stadt Winterthur nicht verpflichtet, für diese nicht erbrachten Leistungen zu bezahlen. Sofern die Bezahlung bereits erfolgt ist, könnte sie in analoger Anwendung von Art. 62 OR (Bereicherungsrecht) zurückgefordert werden. Aufgrund der Tatsache, dass Entgelte für Marktleistungen in der Regel aufgrund der effektiv erbrachten Leistungen in Rechnung gestellt werden, ist eine nachträgliche Rückforderung von ohne Gegenleistung erfolgten Zahlungen höchstens in Einzelfällen zu erwarten.

### 2.3 Rechtliche Einordnung von Leistungsstörungen bei Fördersubventionen

Die genannten obligationenrechtlichen Bestimmungen sind grundsätzlich auf zweiseitige Verträge zugeschnitten und können deshalb bei Fördersubventionen nur sinngemäss angewandt werden. Da mit Fördersubventionen in der Regel wie unter Ziffer 2.1 ausgeführt primär der Betrieb der jeweiligen Institution sichergestellt werden soll und sich die Berechnung der Entgelte deshalb auch nicht auf einzelne Leistungsmengen bezieht, ist fraglich, ob eine zeitlich beschränkte Betriebsschliessung eine Bedingung des Subventionsvertrags verletzt bzw. als teilweise Unmöglichkeit der Leistungserbringung qualifiziert werden kann. Sofern die betroffene Institution trotz der betrieblichen Einschränkungen Anstrengungen unternimmt, ihrer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe trotzdem nachzukommen (beispielsweise mit Streamingangeboten oder anderen Online-Aktivitäten) oder die unmöglich gewordenen Leistungen zu einem späteren Zeitpunkt kompensiert, ist die Verneinung dieser Frage und damit die unbeschränkte Ausrichtung der vertraglichen Entgelte grundsätzlich angezeigt.

Bei subventionierten Trägerschaften mit einem hohen Subventionsgrad könnte der zusätzliche Erhalt von wirtschaftlichen Unterstützungsgeldern, insbesondere von Kurzarbeitsentschädigung und branchenspezifischen Unterstützungsinstrumenten wie Ausfallentschädigungen im Kultursektor, dazu führen, dass der effektiv eingetretene finanzielle Schaden überkompensiert wurde und ein «unbeabsichtigter Gewinn» resultierte. Dies wäre weder politisch noch rechtlich vertretbar. In analoger Anwendung des kantonalen Subventionsrechts kann festgehalten werden, dass Subventionen grundsätzlich nicht für gewinnbringende Tätigkeiten eingesetzt werden dürfen.

Übersteigt die Subvention die Aufwendungen, ist die Subvention laut Verwaltungsgericht zu Unrecht erfolgt und in der Regel um den die Aufwendungen übersteigenden Teil zu kürzen bzw. anteilmässig zurückzufordern (vgl. VB 2017.000757, 3.4 und 3.5, VB 2018.00743 Ziffer 6.2). Ausgenommen sind die Fälle, in denen die jeweiligen Subventionsverträge vorsehen, dass Ertragsüberschüsse zur Reservebildung erzielt werden können.

#### 2.4 Leistungsstörungen bei vorhandener rechtlicher Grundlage

Wo gesetzliche Grundlagen oder explizite vertragliche Bestimmungen zum Umgang mit den Corona-bedingten Leistungsstörungen vorhanden sind, gehen diese den vorstehenden Ausführungen vor.

### **3. Weiteres Vorgehen**

Die Stadt ist bestrebt, die wirtschaftlichen Auswirkungen der Corona-Krise auf die Vertragsverhältnisse mit Dritten so weit als möglich einheitlich zu handhaben und dabei ihrer Verantwortung als Subventionsgeberin und teilweise gewichtiger Auftraggeberin für Marktleistungen gerecht zu werden. Zu diesem Zweck werden gestützt auf die vorstehenden rechtlichen Ausführungen die nachfolgenden Grundsätze zur Ausrichtung der Leistungsentgelte gefasst:

#### 3.1 Umgang mit Entgelten für Marktleistungen

Den Ausführungen gemäss Ziffer 2.2 folgend ist die Stadt Winterthur als Auftraggeberin in einem zweiseitigen Vertragsverhältnis bei Marktleistungen nur zur Vergütung der effektiv erbrachten Leistungen verpflichtet, was grossmehrheitlich der gelebten städtischen Praxis im Verlaufe des Jahres 2020 entspricht. Unter die zu vergütenden Leistungen fallen auch effektiv erbrachte Vorleistungen für vertraglich geregelte Kernaufgaben, die pandemiebedingt nicht vollumfänglich erbracht werden konnten. Angesichts der zur Verfügung stehenden staatlichen Unterstützungsleistungen wie Kurzarbeit, Erwerb ersatz- und Härtefallentschädigungen kann davon ausgegangen werden, dass stark vom zwischenzeitlichen Ausfall der städtischen Aufträge betroffene Vertragspartner/innen Zugang zu den notwendigen Kompensationszahlungen hatten bzw. weiterhin haben. Eine über die Entschädigung der effektiv erbrachten Leistungen hinausgehende Vergütung ist deshalb grundsätzlich weder nötig noch angezeigt.

In Einzelfällen ist die Stadt Winterthur jedoch die alleinige oder zumindest dominante Auftraggeberin von marktwirtschaftlichen Unternehmen und trägt damit auch eine gewisse Verantwortung für die entsprechenden wirtschaftlichen Strukturen und Arbeitsplätze. Sind diese aufgrund des verminderten städtischen Auftragsvolumens in ihrer weiteren Existenz gefährdet, obwohl sie ihrer Schadenminderungspflicht vollständig nachgekommen sind und jegliche Unterstützungsleistungen, für die sie anspruchsberechtigt sind, eingefordert haben, ist es vertretbar, dass die Stadt aus

Kulanzgründen Beiträge ohne Gegenleistung gewährt. Diese bemessen sich nach dem mittels Belegen nachzuweisenden Fehlbetrag, der für die weitere Existenz der Unternehmung notwendig ist. Für die Prüfung sind Jahresrechnungen der vergangenen Jahre, Auszüge der Bankkonti und Aufstellungen über offene Verpflichtungen einzureichen. Dabei ist nachvollziehbar zu belegen, dass der Fehlbetrag durch die ausgefallenen städtischen Aufträge entstanden ist und der Betrieb ansonsten solide und seine nachhaltige Existenz ungefährdet gewesen wäre.

Da Zahlungen ohne Gegenleistung nicht durch den der Leistungsvereinbarung zugrundeliegenden Verpflichtungskredit gedeckt sind, müssen sie als neue Ausgabe bewilligt werden. Entsprechende Anträge sind daher über das für den Vertrag verantwortliche Departement an das Departement Finanzen weiterzuleiten, welches die Beiträge gesammelt dem Stadtrat zur Bewilligung und Abrechnung über den Corona-Kredit gemäss Stadtratsbeschluss vom 8. April 2020 (SR.20.226-2) vorlegt.

### 3.2 Umgang mit Fördersubventionen

Den Ausführungen gemäss Ziffer 2.3 folgend sind die als Fördersubventionen zu verstehenden Entgelte aus Leistungsvereinbarungen vollständig zu leisten beziehungsweise ist auf eine nachträgliche Rückforderung zu verzichten. Die jeweils zuständigen Departemente haben jedoch sicherzustellen, dass ihre Vertragspartnerinnen und Vertragspartner den in den Verträgen festgeschriebenen Förderzwecken in geeigneter Form bestmöglich nachkommen. Falls dies im Jahr 2020 nicht möglich oder nicht in genügendem Umfang der Fall war, sind die nicht erbrachten Leistungen im Jahr 2021 bzw. sobald die Einschränkungen im Zusammenhang mit COVID-19 es zulassen nachzuholen. Ist ein Nachholen nicht möglich, können Ersatzleistungen vereinbart werden. Angesichts des jeweils besonderen öffentlichen Interesses, das einer Leistungsvereinbarung mit dem Charakter einer Fördersubvention zugrunde liegt, ist es angezeigt, dass die Parteien unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben eine sachgerechte Regelung finden.

Wo die Kumulierung der verschiedenen staatlichen À-fonds-perdu-Unterstützungsmassnahmen und dem vertragsgemässen städtischen Leistungsentgelt im Jahr 2020 zu einem nicht in der Leistungsvereinbarung vorgesehenen Gewinn geführt hat, stellt die Stadt Winterthur eine entsprechende anteilmässige Rückforderung. Diese kann mit künftigen Subventionszahlungen verrechnet werden. Die Departemente sind verpflichtet, die Jahresrechnungen ihrer Vertragspartnerinnen und Vertragspartner auf unbeabsichtigte Gewinne zu prüfen und allfällige Rückforderungen geltend zu machen.

#### **4. Umgang mit Leistungsstörungen im Jahr 2021**

Die vorstehenden Ausführungen und Regelungen gelten sinngemäss für das Jahr 2021.

#### **5. Kommunikation**

Die Vertragspartner/innen werden direkt von den jeweils zuständigen Departementen kontaktiert, um die jeweils zum Tragen kommende Regelung zu erläutern und die weiteren Schritte zu definieren. Des Weiteren wird im Rahmen der Medienmitteilung zum Mietzinserslass für Gewerbe in städtischen Liegenschaften über den vorliegenden Beschluss informiert.

#### **Beilage:**

1. Medienmitteilung