

An den Grossen Gemeinderat

Winterthur

Beantwortung der Interpellation betreffend Interessenkonflikte bei Vertretungen der Stadt in Organisationen, eingereicht von Gemeinderat F. Helg (FDP.Die Liberalen)

Am 17. Juni 2013 reichte Gemeinderat Felix Helg namens der FDP-Fraktion mit 32 Mitunterzeichnerinnen und Mitunterzeichnern folgende Interpellation ein:

«Die bisherigen Beratungen zum Geschäft betreffend Gewährung zweier Darlehen an die Biorender AG (2013/24) haben den Interessenkonflikt des Vorstehers des Departements Technische Betriebe augenfällig gemacht: Einerseits hat dieser als Mitglied des Stadtrates gegenüber der Biorender AG die Interessen der Stadt Winterthur in das Unternehmen einzubringen. Dabei steht der haushälterische Umgang mit den finanziellen Mitteln der Stadt im Vordergrund. Andererseits muss er als Mitglied des Verwaltungsrates (und zugleich als dessen Präsident) die Interessen der Biorender AG wahren. Hier geht es vorab darum, das wirtschaftliche Überleben des Unternehmens zu sichern.

Ausgehend von dieser Konstellation fragt sich, wie der Stadtrat generell mit solchen möglichen Interessenkonflikten umgeht. Diese Konflikte können besonders in Konstellationen aktuell werden, bei denen die Organisationsform spezielle Treuepflichten voraussetzt (z.B. Verwaltungsrat einer AG, Verwaltung einer Genossenschaft). Im Geschäftsbericht des Stadtrates sind die Vertretungen der Stadt Winterthur in Organisationen alljährlich aufgelistet (z.B. Geschäftsbericht 2012, S. 130 f.). Momentan sind rund 140 Vertretungen unterschiedlicher Art aufgeführt, die von Mitgliedern des Stadtrates oder von Mitarbeitenden der Verwaltung wahrgenommen werden.

Es stellen sich deshalb folgende Fragen:

- 1. Wie schätzt der Stadtrat die Problematik solcher Interessenkonflikte generell ein?*
- 2. Welche Strategie verfolgt der Stadtrat, um solche Interessenkonflikte zu vermeiden bzw. um die Interessen der Stadt in solchen Organisationen effektiv zu vertreten?»*

Der Stadtrat erteilt folgende Antwort:

Dem Gesetzgeber stehen unterschiedliche Wege offen, um Interessenkollisionen von staatlichen Entscheidern zu begegnen. Im Vordergrund stehen Ausstands- und Unvereinbarkeitsnormen, bei denen es sich zu einem wesentlichen Teil um Interessenkonfliktnormen handelt. Das kantonale und teilweise auch das kommunale Recht sehen zur Vermeidung von Interessenkonflikten sowohl Unvereinbarkeits- als auch Ausstandsregelungen vor. Diese werden im Folgenden erläutert.

1. Unvereinbarkeitsregelungen

Das kantonale Recht sieht vor, dass Mitglieder einer Behörde grundsätzlich nicht einer anderen Behörde der gleichen Stufe (Kanton, Bezirk, Gemeinde) angehören dürfen. Im Weiteren dürfen sie nicht Mitglied einer Behörde sein, welcher sie durch Wahl-, Anstellungs-, Aufsichts- oder Rechtsmittelbefugnisse über- oder untergeordnet sind. Auch eine enge Ver-

wandschaft und eine eheliche oder eheähnliche Gemeinschaft stellen Unvereinbarkeitsgründe dar (Art. 42 Zürcher Kantonsverfassung [KV]; §§ 25 ff. Gesetz über die politischen Rechte [GPR]). Darüber hinaus kennt das kantonale Recht keine Unvereinbarkeitsgründe, die für die Gemeinden massgeblich wären. Die Gemeinden können in ihren Gemeindeordnungen aber zusätzliche Unvereinbarkeiten vorsehen (§ 29 Abs. 3 GPR). Von dieser Möglichkeit hat die Stadt Winterthur Gebrauch gemacht.

Die Winterthurer Gemeindeordnung vom 16. November 1989 (GO) enthält Unvereinbarkeitsbestimmungen, die einerseits die Schulpflegen betreffen (§ 7 Abs. 6 und 7 GO) und andererseits den Stadtrat (§ 39 Abs. 3; § 72 GO). Im vorliegenden Zusammenhang ist die Bestimmung in § 72 Abs. 2 GO relevant, die zur Vereinbarkeit des Stadtratsamts mit einer Tätigkeit in einer Gesellschaft oder Genossenschaft Folgendes festhält:

«Die Stellung eines Mitgliedes des Stadtrates ist unvereinbar mit derjenigen eines Mitgliedes der Verwaltung einer Gesellschaft oder Genossenschaft nicht rein gemeinnützigen Charakters; ausgenommen sind Gesellschaften und Genossenschaften, in denen der Betreffende das Mandat kraft seiner Stellung als Stadtrat ausübt.»

Mit dieser Bestimmung wird sichergestellt, dass Stadträtinnen und Stadträte nur dann einem Aufsichts- oder Führungsorgan einer gewinnstrebigen Gesellschaft oder Genossenschaft angehören, wenn sie dieses Mandat in städtischem Auftrag wahrnehmen. Dies ist der Fall, wenn ein Stadratsmitglied vom Stadtrat als Mandatsträger gewählt wird und die Einsitznahme im öffentlichen Interesse liegt. Ein solches Interesse ist dann zu bejahen, wenn die Stadt die betreffende Organisation finanziell unterstützt oder daran Beteiligungen hält (vgl. Saile/Burgherr/Loretan, Verfassungs- und Organisationsrecht der Stadt Zürich, 2009, N. 355). Darüber hinaus ist für Stadträtinnen und Stadträte nur die Einsitznahme in Organisationen mit gemeinnützigem Charakter zulässig.

2. Ausstandsregelungen

Liegt keine Unvereinbarkeit vor, ist zu prüfen, ob für die Behandlung entsprechender Geschäfte in der zuständigen Behörde oder Verwaltung eine Ausstandspflicht besteht. Für Stadratsmitglieder gelten gemäss § 70 Abs. 1 Gemeindegesetz (GG) die Ausstandsbestimmungen des kantonalen Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG). Dessen § 5 a. lautet wie folgt:

«¹ Personen, die eine Anordnung zu treffen, dabei mitzuwirken oder sie vorzubereiten haben, treten in den Ausstand, wenn sie in der Sache persönlich befangen erscheinen, insbesondere:

- a. in der Sache ein persönliches Interesse haben,*
- b. mit einer Partei in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder verschwägert oder durch Ehe, Verlobung, eingetragene Partnerschaft, faktische Lebensgemeinschaft oder Kindesannahme verbunden sind,*
- c. Vertreter einer Partei sind oder für eine Partei in der gleichen Sache tätig waren.*

² Ist der Ausstand streitig, so entscheidet darüber die Aufsichtsbehörde oder, wenn es sich um den Ausstand eines Mitgliedes einer Kollegialbehörde handelt, diese Behörde unter Ausschluss des betreffenden Mitgliedes.»

Die Pflicht, in den Ausstand zu treten, besteht nach dieser Bestimmung grundsätzlich immer dann, wenn ein Stadratsmitglied bei einem Geschäft «persönlich befangen» erscheint. Typischerweise ist dies der Fall, wenn das Mitglied in der behandelten Sache ein «persönliches Interesse» hat, d.h. vor allem wenn es wirtschaftlich oder auch aus immateriellen Gründen ein besonderes Eigeninteresse am behandelten Geschäft und dessen Ausgang hat. Gezielte Presseangriffe machen ein Behördenmitglied hingegen nicht in rechtsrelevanter Art persönlich befangen, und auch politische Standpunkte, parteipolitische Aktivitäten und bestimmte

Rechtsauffassungen vermögen keine Ausstandspflicht eines Exekutivmitglieds zu begründen.

3. Ablieferung von Nebeneinkünften

Eine weitere Regelung zur Vermeidung von Interessenkonflikten betrifft die Ablieferung der Entschädigungen aus der Mandatstätigkeit. Die Vollzugsverordnung zum Personalstatut vom 9. Juni 1999 hält in § 83 Abs. 2 für die städtischen Angestellten fest, dass Einkünfte aus Verwaltungsratsmandaten im Zusammenhang mit der dienstlichen Tätigkeit vollumfänglich abzuliefern sind. Ausgenommen sind einzig Spesenentschädigungen. Nach langjähriger und erst kürzlich vom Stadtrat wieder bestätigter Praxis ist diese Regelung für Stadträtinnen und Stadträte analog anzuwenden. Neben Verwaltungsratsmandaten gilt die Ablieferungspflicht auch für weitere Mandate, welche an die Tätigkeit einer Stadträtin oder eines Stadtrats gebunden sind. Die entsprechenden Einkünfte werden seit vielen Jahren vollumfänglich dem «Hans Sträuli-Fonds» gutgeschrieben.

4. Mandatstätigkeit bei der Biorender AG

Der Interpellant verweist auf einen seines Erachtens «augenfälligen» Interessenkonflikt des Vorstehers des Departements Technische Betriebe (DTB) im Zusammenhang mit dessen inzwischen niedergelegtem Mandat bei der Biorender AG. Dazu kann Folgendes festgehalten werden:

Nach geltendem Recht lag zwischen dem Amt als Stadtrat und dem Mandat bei der Biorender AG keine Unvereinbarkeit vor. Weder die kantonalen noch die kommunalen Vorschriften verbieten es einem Stadtrat grundsätzlich, ein Verwaltungsratsmandat bei einer Aktiengesellschaft auszuüben. Zwar kann die Biorender AG nicht als Gesellschaft mit «rein gemeinnützigem Charakter» im Sinn von § 72 Abs. 2 GO bezeichnet werden. Wie vorstehend dargelegt, ist aber auch ein Mandat bei gewinnstrebigen Gesellschaften mit dem Stadtratsamt vereinbar, wenn die Einsitznahme vom Stadtrat beschlossen wurde und im öffentlichen Interesse liegt. Mit ihrer Kapitalbeteiligung von drei Millionen Franken (GGR-Beschluss Nr. 2009/003 vom 16. März 2009) und dem Beitritt zu den beiden vorbestehenden Aktionärsbindungsverträgen hat die Stadt Winterthur durch Beschluss des Stadtrats (SR.09.729-1 vom 27. Mai 2009) und mit Kenntnis des Stadtparlaments den Anspruch auf einen Sitz im Verwaltungsrat der Biorender AG erworben. Es darf deshalb begründetermassen davon ausgegangen werden, dass die VR-Funktion in diesem Fall «von Amtes wegen» ausgeübt wurde. Sie lag auch im öffentlichen Interesse, weil die Stadt Winterthur kraft kompetenzkonform ergangenen Parlamentsbeschluss an der Biorender AG beteiligt ist (vgl. vorstehend Ziff. 1 letzter Abschnitt).

Auch eine Ausstandspflicht begründet die beschriebene Konstellation um die Biorender AG nach Gesetz und herrschender allgemeiner Rechtsauffassung nicht. Der Vorsteher DTB war und ist nicht mit privaten Mitteln an der Biorender AG beteiligt, und auch die Honorare für seine Tätigkeit als Verwaltungsrat bzw. VR-Präsident der AG fielen nicht ihm, sondern der Stadt zu. Ein direktes wirtschaftliches Eigeninteresse ist damit ausgeschlossen, und andere relevante persönliche Interessen materieller oder immaterieller Art waren nicht ersichtlich. Nach den Leitlinien von Lehre und Rechtsprechung konnte daher das Vorliegen eines persönlichen Ausstandsgrundes nach § 5 a. Abs. 1 lit. a. VRG verneint werden.

Hingegen war der Vorsteher DTB bei Stadtratsgeschäften, welche die Biorender AG betrafen, während seiner Tätigkeit als Verwaltungsratspräsident unzweifelhaft «Vertreter einer Partei» im Sinne von Abs. 1 lit. c der genannten Bestimmung. Bei der Biorender AG handelt es sich jedoch nicht um eine von der Stadt unabhängige, rein private Unternehmung. Die

Stadt ist vielmehr mit einigen anderen Gemeinwesen zusammen eine der Hauptaktionärinnen der Gesellschaft, und das Mandat als Verwaltungsratsmitglied und später VR-Präsident übte der Vorsteher DTB dem entsprechend stets in Vertretung der Stadt und auch zur Wahrnehmung von deren öffentlichen Interessen an der AG aus.

Bei solchen Doppelvertretungen im öffentlichen Interesse gelten nach Lehre und Rechtsprechung in Exekutivbehörden nicht die gleich strengen Ausstandsregeln wie in einem (verwaltungs)gerichtlichen Entscheidungsgremium und dem entsprechend justizförmigen Verfahren. Gemäss Bundesgericht gehört es vielmehr zur Natur und zum Grundauftrag von Exekutivbehörden, verschiedene unterschiedliche Regierungs-, Verwaltungs- und Führungsaufgaben gleichzeitig wahrzunehmen und mit entsprechend unterschiedlichen Interessen umzugehen. Wollte man diese Aufgaben strikt auseinanderhalten, wäre das nur mit einem grossen Verlust an Effizienz sowie an politischer und demokratischer Legitimation zu erreichen. Darum geht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Anspruch auf Unabhängigkeit und Unbefangenheit bei Exekutivgremien grundsätzlich weniger weit als bei Gerichten, und in BGE 107 Ia 137 hat das höchste Schweizer Gericht sogar explizit ausgeführt, dass «eine Magistratsperson, welche das Gemeinwesen in einem öffentlichen oder gemischtwirtschaftlichen Unternehmen vertritt, (...) diese Funktion im öffentlichen Interesse aus(übt) und (...) regelmässig keine privaten Belange wahr(nimmt)». Gleiches gelte auch für die übrige Mandatstätigkeit solcher Personen. Es bestehe darum kein Anlass, sie wegen ihrer Doppelfunktion als befangen zu betrachten und zum Ausstand zu verpflichten. Dieser relativ alte Bundesgerichtsentscheid bestimmt - obwohl er in der Literatur nicht unbestritten geblieben ist - bis heute die Gerichts- und Behördenpraxis. Immer wieder wird betont, dass nur direkte persönliche Interessen die Befangenheit eines Exekutivmitglieds begründen und damit einen Ausstandsgrund bilden können. Auch das Zürcher Verwaltungsgericht hat § 5 a. VRG bislang nicht anders interpretiert.

Es ist indessen nicht zu verkennen, dass in einer Konstellation, wie sie sich um die Biorender AG präsentiert, die öffentlichen Interessen des Gemeinwesens und diejenigen der AG nicht einfach und immer deckungsgleich sind. Aus der Doppelfunktion als Stadtratsmitglied und Verwaltungsratspräsident («doppelter Pflichtenexus») können sich vielmehr gelegentlich Interessengegensätze oder gar Interessenkonflikte und damit eine persönliche Befangenheit des betroffenen Exekutivmitglieds ergeben. In der juristischen Literatur wird darum teilweise postuliert, dass auch in solchen Fällen die Ausstandsregeln wegen Vorbefassung und persönlicher Befangenheit zu befolgen seien. Diese Rechtsauffassung entspricht aber, wie erwähnt, nicht der herrschenden Rechtsprechung und schweizweiten Behördenpraxis, und es kann ihr im Fall Biorender speziell auch entgegengehalten werden, dass die AG zur Stadt Winterthur nicht in einem hoheitlichen Unterordnungs-, sondern in einem gleichgeordneten Partnerschaftsverhältnis steht.

Im Weiteren kann festgehalten werden, dass es den Regierungsmitgliedern weder auf Bundesebene noch in den meisten Kantonen rechtlich untersagt ist, den obersten Führungs- und Aufsichtsorganen von öffentlichen Unternehmen anzugehören (vgl. Andreas Stöckli, Behördenmitglieder in den obersten Führungs- und Aufsichtsgremien von öffentlichen Unternehmen - Ein Beitrag zum Organisationsrecht öffentlicher Unternehmen, 2012, S. 595). Auch im Licht der kritischen Lehrmeinungen konnte es darum vertreten und verantwortet werden, dass für den Vorsteher DTB bei der Behandlung der bisherigen Biorender-Geschäfte kein Ausstandsgrund als gegeben betrachtet wurde. Ebenso ist nach Auffassung des Stadtrats grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass die Tätigkeit des Verwaltungsratspräsidenten bei der Biorender AG heute von einem Chefbeamten des DTB ausgeübt wird.

Zu den einzelnen Fragen:

Zur Frage 1:

„Wie schätzt der Stadtrat die Problematik solcher Interessenkonflikte generell ein?“

Der Stadtrat bestreitet nicht, dass es bei der Einsitznahme in Organe insbesondere von gewinnstrebigem Unternehmen gelegentlich zu Interessengegensätzen kommen kann. Die Praxis der vergangenen Jahre zeigt aber, dass die allermeisten der diversen Vertretungen nie Anlass zu Problemen und Kritik gaben. Mit einer sorgfältig ausgestalteten Eignerstrategie sollte es auch in Zukunft möglich sein, solche Mandate ohne grössere Konflikte ausüben zu können. Folgende Vorteile würden bei einem Verzicht auf eine städtische Vertretung in den entsprechenden Organen verloren gehen: Die kurzen Informationswege, die direktere Umsetzung der Eigenerziele, die direkte Wahrnehmung der Verantwortung sowie die einfachere Aufsicht und Kontrolle. Diese Vorteile für die Stadt überwiegen nach Ansicht des Stadtrats den Nachteil, dass bei einer direkten Vertretung in seltenen Fällen gewisse Interessenkonflikte hinzunehmen sind. Der Stadtrat wird auch in Zukunft in jedem Fall alles daran setzen, um mit einer klaren Eignerstrategie und entsprechenden Rollendefinitionen die Gefahr von schädlichen Interessenkonflikten zu minimieren und bei gegensätzlicher Interessenlage transparent, sachgerecht und rechtskonform entscheiden zu können. Aus diesem Grund hat er sich auch dafür ausgesprochen, den Vorsteher des DTB aus dem Verwaltungsratspräsidium der Biorender AG zurückzuziehen und stattdessen den Direktor von Stadtwerk Winterthur für das Gremium zu nominieren.

Zur Frage 2:

„Welche Strategie verfolgt der Stadtrat, um solche Interessenkonflikte zu vermeiden bzw. um die Interessen der Stadt in solchen Organisationen effektiv zu vertreten?“

Der Stadtrat ist der Meinung, dass mit Respektierung der bestehenden Unvereinbarkeits- und Ausstandsregelungen sowie einer klaren Eignerstrategie und entsprechenden Weisungen an die Vertreterin bzw. den Vertreter Interessenkonflikte weitgehend vermieden werden können und, wo sie sich ausnahmsweise gleichwohl einstellen, rechtlich und sachlich korrekt lösbar sind. Um bereits den Anschein von solchen Konfliktpotenzialen zu vermeiden, ist der Stadtrat aber bereit einen generellen Verzicht auf die Delegation von Stadträtinnen oder Stadträten in Vorstands- oder Aufsichtsfunktionen von gewinnstrebigem Organisationen zu prüfen. Dass städtische Angestellte die Interessen der Stadt Winterthur in solchen Gremien vertreten, soll hingegen aus den bereits dargelegten Gründen weiterhin grundsätzlich möglich sein. Mit dieser Grundausrichtung und im Hinblick auf seine Neukonstituierung im nächsten Jahr wird der Stadtrat das Thema der Interessenkonflikte, vor allem im Fall von Mandaten bei gewinnstrebigem Organisationen, noch einer vertieften Diskussion unterziehen. Die daraus gewonnen Erkenntnisse werden in die Konstituierungsbeschlüsse für die neue Amtsperiode einfließen. Dem Stadtrat liegt daran, dass die Regelung seiner Delegationen zeitgemässen Public Governance-Standards genügt.

Die Berichterstattung im Grossen Gemeinderat ist dem Stadtpräsidenten übertragen.

Vor dem Stadtrat

Der Stadtpräsident:

M. Künzle

Der Stadtschreiber:

A. Frauenfelder