

Stadt Luzern
Direktion Umwelt, Verkehr und Sicherheit
Abteilung Stadtraum und Veranstaltungen
Herr Mario Lütolf
Winkelriedstrasse 12 a
CH-6002 Luzern

Rechtswissenschaftliche Fakultät
Prof. Dr. Bernhard Rütsche

Luzern, 7. November 2015

Rechtsgutachten:

Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkungen	3
1. Rechtliche Vorgaben	5
1.1 Fragestellung und Vorgehen.....	5
1.2 Öffentliches Sachenrecht.....	5
1.3 Grundrechte	8
1.4 Binnenmarkt- und Beschaffungsrecht.....	11
1.5 Luzernisches Recht.....	13
1.6 Beantwortung der Frage	15
2. Bedeutung der Gerichtspraxis.....	15
2.1 Fragestellung und Vorgehen.....	15
2.2 Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern von 2011	16
2.3 Urteil des Bundesgerichts von 2012	17
2.4 Urteil des Kantonsgerichts Luzern von 2014	17
2.5 Bindungswirkung von Gerichtsurteilen.....	18
2.6 Beantwortung der Frage	19
3. Vergabekriterien und Vergabeverfahren	20
3.1 Fragestellung und Vorgehen.....	20
3.2 Öffentliche und private Interessen	20
3.3 Offene und geschlossene Verfahren	22
3.4 Arten von offenen Verfahren	23
3.5 Beantwortung der Frage	26

Bernhard Rütse
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

4.	Rechtskonformität einzelner Vergabeverfahren.....	27
4.1	Fragestellung und Vorgehen.....	27
4.2	Geschlossene Verfahren.....	27
4.3	Offene Verfahren.....	29
4.4	Beantwortung der Frage	34
5.	Notwendigkeit einer öffentlichen Ausschreibung	34
6.	Umsetzbarkeit für den Luzerner Wochenmarkt.....	36
7.	Ausschreibungspflicht für die Marktstandplätze.....	39
8.	Umfang und Rhythmus der Vergabe von Marktstandplätzen	40
9.	Modalitäten der Bewerbung	43
10.	Alternativen zu einer öffentlichen Ausschreibung	43
11.	Rechtliche Risiken einer Fortführung der bisherigen Praxis	44
12.	Privilegierung der bisherigen Wochenmarktteilnehmenden	46
13.	Konsequenzen einer Rechtsverzögerung oder Rechtsverweigerung	46
14.	Ausschreibungen für unterschiedliche Nutzungsarten.....	48
15.	Vergleich mit den Marktordnungen anderer Gemeinden	49
16.	Ergebnisse.....	51
	Abkürzungsverzeichnis	55
	Literaturverzeichnis	57

Bernhard Rütscbe
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

Vorbemerkungen

- 1 Am 9. Juni 2015 erteilte die Abteilung Stadtraum und Veranstaltungen der Direktion Umwelt, Verkehr und Sicherheit der Stadt Luzern dem Unterzeichnenden den Auftrag, die folgenden Fragen gutachterlich zu klären:
 1. Was hat die Stadt Luzern zu beachten, wenn sie Standplätze auf öffentlichem Grund im Rahmen des gesteigerten Gemeingebrauchs zu wirtschaftlichen Zwecken vergibt?
 2. Welche Bedeutung/Konsequenzen haben die beiden Urteile des Kantonsgerichts Luzern betreffend Wochenmarkt und Marronistandplätze sowie das Bundesgerichtsurteil betreffend Luzerner Wochenmarkt für die Stadt Luzern? Welche Bedeutung haben sie für andere Gemeinden?
 3. Auf welche Weise kann einem Nachfrageüberhang nach öffentlichem Grund zu wirtschaftlichen Zwecken begegnet werden?
 4. Welche der von Ihnen zu Frage 3 aufgezeigten Möglichkeiten erachten Sie als rechtskonform, welche nicht?
 5. In welchen Fällen ist eine öffentliche Ausschreibung zwingend notwendig?
 6. Welche der von Ihnen aufgezeigten Möglichkeiten erachten Sie als für den Luzerner Wochenmarkt umsetzbar?
 7. Müssen die Standplätze am Luzerner Wochenmarkt Ihrer Ansicht nach ausgeschrieben werden?
 8. Falls ja, müssen sämtliche Standplätze ausgeschrieben werden? Oder genügt es den rechtlichen Anforderungen, jeweils die durch Abgang freiwerdenden Plätze auszuschreiben?
 9. Ist es rechtlich zulässig, nur die neuen Wochenmarktteilnehmenden dem ausführlichen Auswahlverfahren zu unterwerfen, wie es für die öffentliche Ausschreibung entworfen worden ist, die Bisherigen jedoch jeweils für ihre neue Jahresbewilligung lediglich die Personalien und Angaben zum Warenangebot ausfüllen zu lassen?
 10. Gibt es neben der Perimeter-Erweiterung Möglichkeiten, abgewandelte Verfahren oder besteht Ermessensspielraum, um eine öffentliche Ausschreibung zu verhindern oder zumindest ihre Konsequenzen für den bewährten Wochenmarkt möglichst gering zu halten, ohne mit den verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Grundlagen in Konflikt zu geraten? Stellt die Alterna-

Bernhard Rütscbe
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

tivskizze eines zweistufigen, die bestehenden Marktpartner bevorzugenden, für interessierte Bewerber jedoch inhaltlich identischen Qualifikationsverfahrens (Zuschlags- und Eignungskriterien) einen gangbaren Weg dar?

11. Welches Risiko geht die Stadt Luzern ein, wenn sie die Standplätze am Luzerner Wochenmarkt weiterhin nach dem heutigen System vergibt?
 12. Lässt es sich vor dem Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden rechtfertigen, ihre Standplätze an den besseren Lagen den immer selben, traditionell verankerten, bewährten Wochenmarktteilnehmenden zu belassen und neuen die Plätze an den weniger attraktiven Orten zuzuteilen?
 13. Falls zu Frage 11 Rechtsverzögerung oder gar Rechtsverweigerung angenommen werden muss, welche Konsequenzen hätte dies für die Stadt Luzern?
 14. Gestützt auf das neue Reglement über das Taxiwesen werden künftig die Nutzungsrechte für die Standplätze auf öffentlichem Grund öffentlich ausgeschrieben. Lässt es sich unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung rechtfertigen, nur gewisse Nutzende von öffentlichem Grund zu wirtschaftlichen Zwecken einer öffentlichen Ausschreibung "auszusetzen", andere hingegen damit zu "verschonen"?
 15. Andere Gemeinden in der Schweiz können eine Bewilligung verweigern, wenn die Platzverhältnisse eine zusätzliche Belegung nicht zulassen, und basieren den Marktbetrieb bei gleichwertigen Marktständen nach dem Wartelistenprinzip. Das Interesse muss jedes Jahr erneuert werden. Inwieweit stellen diese pragmatisch ausgerichteten Grundlagen eine gesetzeskonforme Alternative zum geforderten "offenen Verfahren" dar?
- 2 Die Ausführungen des Gutachtens sind entsprechend den vorstehenden Fragestellungen strukturiert. Am Ende werden die Ergebnisse des Gutachtens zusammengefasst.

Bernhard Rütsche
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

1. Rechtliche Vorgaben

1.1 Fragestellung und Vorgehen

- 3 Die **erste Gutachtensfrage** lautet: Was hat die Stadt Luzern zu beachten, wenn sie Standplätze auf öffentlichem Grund im Rahmen des gesteigerten Gemeingebrauchs zu wirtschaftlichen Zwecken vergibt?
- 4 Die nachfolgenden Ausführungen orientieren sich an den unterschiedlichen **Arten von Rechtsgrundlagen**, welche für die Vergabe von Standplätzen auf öffentlichem Grund von Bedeutung sind. Zunächst werden die sich aus dem öffentlichen Sachenrecht ergebenden Vorgaben dargestellt (Kap. 1.2), danach die massgebenden Grundrechte (Kap. 1.3), die relevanten Bestimmungen des Binnenmarktgesetzes (Kap. 1.4) sowie das einschlägige kantonale und kommunale Recht (Kap. 1.5).

1.2 Öffentliches Sachenrecht

- 5 Das öffentliche Sachenrecht ist Teil des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Es umfasst weitgehend **ungeschriebene Grundsätze und Regeln**, die vom Bundesgericht in einer reichhaltigen Praxis entwickelt worden sind.
- 6 Gegenstand des öffentlichen Sachenrechts sind alle Sachen, die im Eigentum bzw. unter der Sachherrschaft (Hoheit) des Staates stehen (vgl. Art. 664 Abs. 1 ZGB). Das öffentliche Sachenrecht unterscheidet zwischen öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch und Verwaltungsvermögen¹, welches im vorliegenden Kontext nicht weiter relevant ist. **Öffentliche Sachen im Gemeingebrauch** zeichnen sich dadurch aus, dass sie der Allgemeinheit, d.h. jedermann, zur Benutzung offenstehen. Beispiele öffentlicher Sachen im Gemeingebrauch sind öffentliche Strassen und Plätze, Gewässer, Wald oder der Luftraum.
- 7 Die Regelung des Gemeingebrauchs der öffentlichen Sachen ist in erster Linie Sache der Kantone (Art. 664 Abs. 3 ZGB). Das kantonale Recht umschreibt insbesondere, in welchem Rahmen und Ausmass öffentliche Sachen im Gemeingebrauch genutzt werden dürfen. Dabei unterscheidet das kantonale Recht meist zwischen **drei Nutzungsarten** öffentlicher Sachen im Gemeingebrauch: schlichter Gemeingebrauch,

¹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 48 Rz. 11 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2364 ff.

Bernhard Rütsche
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

gesteigerter Gemeingebrauch und Sondernutzung. Rechtsprechung und Lehre haben diese Differenzierung übernommen².

- 8 Die Unterscheidung zwischen schlichtem und gesteigertem Gemeingebrauch sowie Sondernutzung öffentlicher Sachen richtet sich nach der Intensität (Gemeinverträglichkeit) und Art (Zweckbestimmung) der Nutzung. Die gemeinverträgliche und bestimmungsgemässe Nutzung öffentlicher Sachen im Gemeingebrauch, der **schlichte Gemeingebrauch**, ist der Regelfall. Der schlichte Gemeingebrauch öffentlicher Sache ist frei, d.h. ohne Bewilligung möglich. Bei den über den schlichten Gemeingebrauch hinausgehenden Nutzungsarten wird zwischen dem gesteigerten Gemeingebrauch und der Sondernutzung unterschieden. **Gesteigerter Gemeingebrauch** ist gegeben, wenn die Nutzung der öffentlichen Sache entweder nicht mehr bestimmungsgemäss oder nicht mehr gemeinverträglich ist. Der gesteigerte Gemeingebrauch kann vom hoheitsberechtigten Gemeinwesen bewilligungspflichtig erklärt werden. **Sondernutzung** liegt vor, wenn die Nutzung der öffentlichen Sache weder bestimmungsgemäss noch gemeinverträglich ist, so dass andere Benutzer vom Gebrauch der Sache ausgeschlossen sind. Für Sondernutzung benötigen Private eine Konzession (Sondernutzungskonzession).³
- 9 Die Abgrenzung zwischen gesteigertem Gemeingebrauch und Sondernutzung ist fließend. Häufig definieren die kantonalen oder kommunalen Erlasse in Bezug auf konkrete Tätigkeiten, welche der beiden Nutzungsarten vorliegt. So gilt in der Stadt Luzern etwa das Erstellen von fest verankerten Automaten, Schaukästen, Verkaufsständen und Buvettes als Sondernutzung⁴, das Aufstellen von Verkaufs-, Markt-, Messe- und Informationsständen jedoch als gesteigerter Gemeingebrauch⁵. Das **Aufstellen von Marktständen** stellt somit nach dem Recht der Stadt Luzern gesteigerten Gemeingebrauch dar. Auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung qualifiziert das Aufstellen von Marktständen an Wochenmärkten auf öffentlichem Grund als gesteigerten Gemeingebrauch⁶.

² Statt vieler BGE 135 I 302 E. 3 S. 306 ff. mit weiteren Hinweisen.

³ Zum Ganzen BGE 135 I 302. Aus der Lehre TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 Rz. 1 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2371 ff.

⁴ Art. 1 VNöG.

⁵ Art. 14 RNöG.

⁶ BGer, Urteil 2C_660/2011 vom 9. Februar 2012, E. 2.1 mit Verweis auf BGE 132 I 97 E. 2.2 S. 100 f.

Bernhard Rütsche
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

- 10 Als Form des gesteigerten Gemeingebrauchs können Kantone bzw. Gemeinden das Aufstellen von Marktständen bewilligungspflichtig erklären⁷ sowie mit Auflagen und Bedingungen verknüpfen⁸. Die Einführung einer **Bewilligungspflicht für den gesteigerten Gemeingebrauch** bedarf gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung keiner ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage, da sich eine solche Befugnis bereits aus der Hoheit des Gemeinwesens über die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch ergibt⁹.
- 11 Die Bewilligung des gesteigerten Gemeingebrauchs für die Ausübung privater Tätigkeiten wird als Bewilligung besonderer Art ("Bewilligung sui generis") eingestuft. Sie dient nicht nur – wie reine Polizeibewilligungen – dem Schutz von Polizeigütern wie der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, der öffentlichen Gesundheit, der öffentlichen Ruhe oder von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, sondern vor allem auch der **Koordination** und nötigenfalls der **Priorisierung der verschiedenen Nutzungsbedürfnisse**¹⁰. Letzteres ist besonders dann von Bedeutung, wenn die Nachfrage nach Nutzung der öffentlichen Sache die vorhandenen Kapazitäten übersteigt (sog. Nachfrageüberhang) und das hoheitsberechtigte Gemeinwesen unter den Bewerbern eine Auswahl treffen muss. Entsprechend haben Private keinen definitiven Anspruch auf eine Bewilligung für gesteigerten Gemeingebrauch, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Vielmehr hat die zuständige Behörde im Einzelfall zwischen den unterschiedlichen privaten Nutzungsansprüchen, dem Schutz von Polizeigütern sowie der zweckmässigen Nutzung der öffentlichen Sache im Interesse der Allgemeinheit und der Anwohner abzuwägen¹¹.

⁷ BGE 126 I 133 E. 4d S. 139. Ebenso BGer, Urteil 2P.191/2004 vom 10. August 2005 E. 4.1, wo das Bundesgericht ausführte, dass gesteigerter Gemeingebrauch bereits nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen prinzipiell einer Bewilligung bedarf.

⁸ BGE 127 I 164 E. 3b S. 171.

⁹ BGE 132 I 97 E. 2 S. 100. Kritisch dazu MOSER, 255 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2404, und TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 Rz. 13 ff., wonach die Bewilligungspflicht in einer generell-abstrakten Norm vorgesehen sein müsste, da bereits das Bewilligungserfordernis und nicht erst die Bewilligungsverweigerung eine Grundrechtseinschränkung darstellen.

¹⁰ BGE 135 I 302 E. 3.2 S. 307. Aus der Lehre MOSER, 253; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2403; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 Rz. 12.

¹¹ BGE 127 I 164 E. 3b S. 170.

1.3 Grundrechte

- 12 Mit der gesteigerten Nutzung öffentlicher Sachen im Gemeingebrauch üben Private unter Umständen Grundrechte aus. So nehmen etwa die Beteiligten einer politischen Kundgebung die Meinungsfreiheit und die politischen Rechte oder der Betreiber eines Kiosks auf öffentlichem Grund die Wirtschaftsfreiheit wahr. Wer für die Ausübung eines Grundrechts eine öffentliche Sache gesteigert in Anspruch nehmen will, kann sich auf dieses Grundrecht berufen. Entsprechend ergibt sich aus den Grundrechten gemäss Lehre und Rechtsprechung ein **bedingter Anspruch auf Bewilligung** des gesteigerten Gemeingebrauchs¹². Das bedeutet, dass die Verweigerung der Bewilligung für die Ausübung grundrechtlich geschützter Tätigkeiten auf öffentlichem Grund einem Grundrechtseingriff gleichkommt, welcher nach den allgemeinen Voraussetzungen von Art. 36 BV einer genügenden gesetzlichen Grundlage bedarf, durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt und verhältnismässig sein muss.
- 13 Die öffentlichen Interessen bzw. Grundrechte Dritter, die eine Bewilligungsverweigerung rechtfertigen können sind zweierlei Art: Zum einen gehört dazu der Schutz von Polizeigütern wie der öffentlichen Sicherheit und Ruhe, zum anderen das Interesse bzw. die Notwendigkeit, angesichts der natürlichen Begrenztheit öffentlicher Sachen die verschiedenen Nutzungsansprüche und Nutzungsarten zu koordinieren und zu priorisieren (vgl. Rz. 11)¹³. Die Grundrechte vermitteln dabei **keinen Anspruch gegenüber dem Gemeinwesen, die Kapazitäten zu erhöhen**. Aus den Grundrechten ergibt sich keine Pflicht des Staates, neue Einrichtungen zu schaffen, um die Grundrechtsausübung zu ermöglichen; der bedingte Anspruch auf gesteigerten Gemeingebrauch bezieht sich somit jeweils nur auf die Nutzung bereits bestehender und für die jeweilige Nutzung geeigneter öffentlicher Sachen¹⁴.
- 14 Die Vergabe von öffentlichem Grund zur wirtschaftlichen Nutzung berührt die in Art. 27 BV garantierte **Wirtschaftsfreiheit** der privaten Bewerber. Die Wirtschaftsfreiheit schützt den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung¹⁵. Erfasst ist jede privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit, unab-

¹² Dazu eingehend BGer, Urteil 2C_106/2015 vom 26. Juni 2015 E. 4.5 und BGE 138 I 274 E. 2.2.2, S. 282 f. m.w.H. Vgl. ebenso MOSER, 528 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 Rz. 37; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2413.

¹³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 Rz. 37; WINISTÖRFER, 9.

¹⁴ BGE 138 I 274 E. 2.2.2 S. 282 mit weiteren Hinweisen.

¹⁵ VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 27, Rz. 7 ff.

Bernhard Rütsche
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

hängig davon, ob sie haupt-, nebenberuflich oder gelegentlich erfolgt¹⁶. Die Wirtschaftsfreiheit vermittelt grundsätzlich keinen Anspruch auf staatliche Leistungen, mit Ausnahme des erwähnten bedingten Anspruchs auf Bewilligung des gesteigerten Gemeingebrauchs für die Ausübung privatwirtschaftlicher Erwerbstätigkeiten auf öffentlichem Grund (Rz. 12). Demzufolge stellt die Verweigerung der Bewilligung für wirtschaftliche Tätigkeiten auf öffentlichem Grund – wie etwa für das Aufstellen von Marktständen – einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit des Betroffenen dar, die im öffentlichen Interesse notwendig sein und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahren muss¹⁷.

- 15 Die Wirtschaftsfreiheit weist neben ihrem freiheitsrechtlichen Gehalt einen Gleichbehandlungsaspekt auf, indem sie vom Staat verlangt, sich wettbewerbsneutral zu verhalten und alle **Konkurrenten gleich zu behandeln** (Art. 27 Abs. 1 BV und Art. 94 Abs. 1 und 4 BV). Danach sind staatliche Massnahmen unzulässig, "die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren bzw. nicht wettbewerbsneutral sind, namentlich wenn sie bezwecken, in den Wettbewerb einzugreifen, um einzelne Konkurrenten oder Konkurrentengruppen gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen"¹⁸, etwa durch unterschiedliche Belastungen oder staatlich geregelten Marktzugang oder Marktausschluss¹⁹. Unter direkten Konkurrenten versteht das Bundesgericht "Angehörige der gleichen Branche, die sich mit dem gleichen Angebot an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen"²⁰. In diesem Sinne ergänzt der Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) und bietet einen darüber hinausreichenden Schutz²¹. Der Staat hat demzufolge direkte Konkurrenten gleich zu behandeln, wenn er öffentlichen Grund zur wirtschaftlichen Nutzung vergibt und dafür Bewilligungen erteilt²².

¹⁶ BIAGGINI, Kommentar zu Art. 27 BV, Rz. 8.

¹⁷ BGE 126 I 133 E. 4d S. 140 mit Verweis auf BGE 121 I 279.

¹⁸ BGE 131 II 271 E. 9.2.2 S. 291 m.w.H.

¹⁹ BGE 125 I 431 E. 4b/aa S. 436 mit Verweis auf BGE 121 I 129.

²⁰ BGE 132 I 97 E. 2.1 S. 100. Dazu eingehend MOSER, 514 ff.; WINISTÖRFER, 10; kritisch VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV, Rz. 32 m.w.H.; BIAGGINI, Kommentar zu Art. 27 BV, Rz. 25, welche nicht auf das Kriterium der Branchenzugehörigkeit, sondern auf jenes des relevanten Markts abstellen würden.

²¹ BGE 121 I 129 E. 3d S. 135. Vgl. ebenso MOSER, 513; VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV, Rz. 31; WINISTÖRFER, 9 f.

²² MOSER, 513.

Bernhard Rütsche
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

- 16 Der Anspruch von Konkurrenten auf Gleichbehandlung gilt indessen nicht absolut. Eine Bevorzugung von Konkurrenten oder Konkurrentengruppen ist zulässig, wenn sie durch **gewichtige öffentliche Interessen** gerechtfertigt erscheint, etwa aus Gründen des Umweltschutzes²³ oder der Kosteneindämmung im Gesundheitswesen²⁴. Ungleichbehandlungen sind sodann unumgänglich, wenn es um den Zugang zu knappen Ressourcen geht, etwa bei der Nachfrage nach Standplätzen auf öffentlichem Grund. Hier ist eine absolute Gleichbehandlung der Konkurrenten bereits aus Kapazitätsgründen ausgeschlossen und das hoheitsberechtigte Gemeinwesen gezwungen, eine Auswahl unter den Konkurrenten zu treffen. Diese Auswahl muss in Anbetracht des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Konkurrenten möglichst wettbewerbsneutral ausgestaltet sein und nach objektiven, sachlich haltbaren Kriterien erfolgen²⁵.
- 17 Darüber hinaus verlangt die Wirtschaftsfreiheit in ihrem **institutionellen Gehalt** vom Gemeinwesen, von sich aus Massnahmen zu ergreifen, um den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität zu verwirklichen. Das bedeutet, dass das Gemeinwesen die Vergabe von Nutzungsrechten auf öffentlichem Grund so auszugestalten hat, dass Ungleichheiten minimiert und möglichst faire Wettbewerbsverhältnisse geschaffen werden²⁶. Auch muss die Bewilligungsbehörde die einmal erfolgte Zuteilung von öffentlichem Grund regelmässig überprüfen, um eine Zementierung einmal geschaffener Privilegien zu vermeiden²⁷.
- 18 Nach dem Gesagten ist entscheidend, dass bei der Vergabe von öffentlichem Grund zu wirtschaftlichen Zwecken alle Konkurrenten **gleiche Chancen auf eine Bewilligung** erhalten. So hat das Bundesgericht das bisher in der Stadt Luzern praktizierte System, welches die Standplätze am Wochenmarkt nach Massgabe zwei verschiedener Bewilligungstypen vergibt, zwar nicht beanstandet, jedoch mit Blick auf den Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten gefordert, dass bei beiden Bewilligungstypen ein offenes Vergabefahren zur Anwendung kommt²⁸. Alle interessierten Konkurrenten – sowohl bisherige Bewilligungsinhaber als auch potenzielle Anbieter –

²³ BGE 125 II 129 E. 10b S. 150.

²⁴ BGE 130 I 26 E. 6.2 S. 50.

²⁵ BGE 132 I 97 E. 2.2 S. 101.

²⁶ BGE 128 I 136 E. 4.1 S. 146; 121 I 279 E. 6c S. 287 ff.

²⁷ BGE 121 I 279 E. 6 c/cc S. 289.

²⁸ BGer, Urteil 2C_660/2011 vom 9. Februar 2012 E. 4.2.

Bernhard Rüttsche
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

sollen so die Möglichkeit erhalten, am Vergabeverfahren teilzunehmen und ein Bewilligungsgesuch einzureichen.

- 19 Das Erfordernis eines offenen Vergabeverfahrens kann sich im Übrigen auch aus dem Grundsatz der **Verfahrensfairness** ergeben. Der in Art. 29 Abs. 2 BV verankerten Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt vom Gemeinwesen, vor einer Entscheidung (z.B. vor der Erteilung einer Bewilligung) sämtliche, in schutzwürdigen Interessen betroffenen Personen in das Verfahren einzubeziehen und vorgängig anzuhören. Voraussetzung für die Teilnahme am Verfahren sind genügende Kenntnisse über den Verfahrensverlauf. Die Betroffenen sind daher in geeigneter Weise über die entscheidungswesentlichen Vorgänge und Grundlagen des Verfahrens vorweg zu orientieren. Dabei geht es nicht nur um die formellen Verfahrensabläufe, sondern auch um inhaltliche Anforderungen, namentlich die wesentlichen Entscheidungskriterien²⁹. Bei der Vergabe von Nutzungsrechten auf öffentlichem Grund zu wirtschaftlichen Zwecken ist davon auszugehen, dass alle interessierten direkten Konkurrenten, d.h. die bisherigen Bewilligungsinhaber wie auch die potenziellen Anbieter, in schutzwürdigen Interessen betroffen sind und entsprechend einen Anspruch haben, sich am Bewilligungsverfahren zu beteiligen³⁰.

1.4 Binnenmarkt- und Beschaffungsrecht

- 20 Im Verhältnis zwischen Kantonen und Gemeinden gewährleistet das Binnenmarktgesetz – in Konkretisierung der Wirtschaftsfreiheit – das Recht auf freien und gleichberechtigten Marktzugang. Das Binnenmarktgesetz ist auf privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeiten anwendbar (Art. 1 Abs. 3 BGBM), wozu auch das Aufstellen und Betreiben von Marktständen auf öffentlichem Grund gehört. Mit Blick auf die Vergabe von Marktstandplätzen stellt sich die Frage, ob die in Art. 2 Abs. 7 BGBM vorgesehene **Ausschreibungspflicht** zur Anwendung kommt. Nach dieser Bestimmung hat die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen und darf Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren.

²⁹ BGE 140 I 99 E. 3.4 S. 102 f.

³⁰ Vgl. zum Anspruch von Konkurrenten auf Einbezug in Vergabeverfahren (in casu Zuteilung von Leistungsaufträgen) BVGer Urteil C-4 154/2011 vom 5. Dezember 2013, E. 6, insbesondere E. 6.2.4. Aus der Lehre RÜTSCHÉ/DIEBOLD, 107.

Bernhard Rüttsche
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

- 21 Art. 2 Abs. 7 BGBM spricht von der "Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole". Es stellt sich die Frage, ob unter den Begriff des Monopols im Sinne dieser Vorschrift neben rechtlichen Monopolen auch **faktische Monopole** fallen. Während rechtliche Monopole in Gesetzen ausdrücklich verankert sind und dem Staat ein ausschliessliches Recht auf Ausübung bzw. Zuteilung (Konzessionierung) einer bestimmten wirtschaftlichen Tätigkeit verleihen, ergeben sich faktische Monopole aufgrund tatsächlicher Gegebenheiten, namentlich aus der Hoheit des Staates über öffentliche Sachen³¹. Kraft solcher Sachherrschaft hat der Staat faktisch das Recht, über die wirtschaftlichen Tätigkeiten zu bestimmen, welche auf die Nutzung öffentlicher Sachen angewiesen sind. Die Frage, ob die Übertragung der Nutzung faktischer Monopole auch unter die Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM fällt, wird in der Literatur kontrovers diskutiert und neuerdings in der kantonalen Rechtsprechung³² bejaht. Das Bundesgericht hat die Frage bisher offen gelassen³³.
- 22 Im Verwaltungsrecht wird nur in Bezug auf die Sondernutzung öffentlicher Sachen von faktischen Monopolen gesprochen – nicht aber in Bezug auf den **gesteigerten Gemeingebrauch**. Rein begrifflich fallen Bewilligungen für den gesteigerten Gemeingebrauch wie Bewilligungen für die Nutzung von Marktstandplätzen somit nicht unter die Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM. In der neueren Literatur wird in diesem Zusammenhang jedoch darauf hingewiesen, dass es zumindest aus ökonomischer Sicht keine Rolle spielt, ob die Vergabe des Nutzungsrechts mittels Bewilligung für gesteigerten Gemeingebrauch oder Sondernutzungskonzession erfolgt. Dies umso mehr, als die Abgrenzung zwischen gesteigertem Gemeingebrauch und Sondernutzung fließend ist (vgl. Rz. 9). Entscheidend soll daher eine wirtschaftliche Betrachtungsweise sein. Danach zeige sich bei beiden Nutzungsarten die faktische Monopolstellung des Gemeinwesens, welches kraft seiner Sachherrschaft über die Vergabe des Nutzungsrechts und somit über die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit bestimmt, wenn die Anbieter auf die Nutzung der öffentlichen Sache angewiesen sind und keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten haben. Unter dieser Voraussetzung sollte auch die Vergabe von Bewilligungen für den gesteigerten Gemeingebrauch unter die Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM fallen³⁴. Das Lu-

³¹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 Rz. 6 und 8; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2568.

³² Vgl. Das Urteil des Tribunal cantonal des Kantons Waadt MPU.2015.0011 vom 31. August 2015, E. 1c).

³³ BGE 135 II 49 E. 4.1 S. 52.

³⁴ Grundlegend DIEBOLD, 249. Vgl. auch RÜTSCHÉ/DIEBOLD, 14 f.

Bernhard Rütscbe
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

zerner Kantonsgericht hat im Urteil vom 21. Juli 2014 betreffend die Vergabe von Marronistandplätzen diese Sichtweise übernommen³⁵.

- 23 Neben dem Binnenmarktgesetz sieht das **öffentliche Beschaffungsrecht** von Bund und Kantonen Ausschreibungspflichten vor. Das Beschaffungsrecht ist auf öffentliche Beschaffungen anwendbar. Eine solche liegt vor, wenn der Staat auf dem freien Markt als Nachfrager auftritt und sich gegen Entgelt Güter oder Dienstleistungen für die Erfüllung eigener öffentlicher Aufgaben besorgt³⁶. Die Vergabe von Nutzungsrechten auf öffentlichem Grund erfüllt diese Kriterien nicht und stellt daher keine öffentliche Beschaffung dar³⁷. Die Vergabe von Marktstandplätzen fällt somit nicht unter das öffentliche Beschaffungsrecht. Falls jedoch die Wirtschaftsfreiheit oder das Binnenmarktgesetz für die Vergabe von Nutzungsrechten auf öffentlichem Grund eine öffentliche Ausschreibung verlangen, können die beschaffungsrechtlichen Grundsätze allenfalls analog herbeigezogen werden³⁸. Eine analoge Anwendung kommt namentlich in Bezug auf die im Beschaffungsrecht vorgesehenen Transparenzpflichten in Frage. Danach sind in der Ausschreibung die Bedingungen der Vergabe, d.h. die Entscheidungskriterien und deren Gewichtung, vorgängig bekannt zu geben³⁹.

1.5 Luzernisches Recht

- 24 Art. 664 Abs. 3 ZGB hält explizit fest, dass das kantonale Recht die erforderlichen Bestimmungen über den Gemeingebrauch der öffentlichen Sachen aufstellt. Im Kanton Luzern ist die Nutzung des öffentlichen Grundes in erster Linie im **Strassengesetz** geregelt. Dieses sieht vor, dass der gesteigerte Gemeingebrauch einer Strasse und insbesondere auch das vorübergehende Aufstellen von Verkaufs- und Informationsständen bewilligungsbedürftig sind (§ 22 Abs. 1 StrG). Die Bewilligung wird erteilt, wenn keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen; sie kann befristet und mit Auflagen und Bedingungen versehen werden (§ 22 Abs. 4 StrG). Sodann ermächtigt der Kanton die Gemeinden, weitere Bestimmungen in das

³⁵ Kantonsgericht Luzern, Urteil 7H 14 163 vom 21. Juli 2014, E. 3.4.1 und 3.5.

³⁶ KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rz.1014 mit Verweis auf BGE 125 I 209 E. 6b S. 212 ff. und 135 II 49 E. 4.2 – 4.4 S. 52 ff.

³⁷ BGE 125 I 209 E. 6b S. 212 ff.; 128 I 136 E. 4.1 S. 146.

³⁸ Vgl. Kantonsgericht Luzern, Urteil 7H 14 163 vom 21. Juli 2014, E. 3.5.

³⁹ Vgl. KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rz. 1002.

Bernhard Rütscbe
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

kommunale Recht aufzunehmen (vgl. § 19 Abs. 1 und 2 StrG) und das Marktwesen zu regeln (§ 2 des Gewerbepolizeigesetzes⁴⁰).

- 25 Die Stadt Luzern hat die Vorgaben von § 22 StrG im **Reglement über die Nutzung des öffentlichen Grundes** konkretisiert. Darin werden die verschiedenen Nutzungen des öffentlichen Grundes und die dazu notwendigen Bewilligungen geregelt (Art. 1 Abs. 1 RNöG). Das Reglement hält fest, dass der gesteigerte Gemeingebrauch einer Bewilligung bedarf. Diese wird erteilt, wenn keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen und sie den bestehenden Belegungskonzepten entspricht. Sie ist zu befristen, mit Auflagen und Bedingungen zu versehen und nicht übertragbar. Die Bewilligung kann entschädigungslos eingeschränkt oder entzogen werden, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung nicht mehr erfüllt sind oder wenn Vorschriften, Auflagen oder Bedingungen nicht eingehalten werden (Art. 4 RNöG). Verkaufs-, Markt-, Messe- und Informationsstände aller Art werden ausdrücklich bewilligungspflichtig erklärt (Art. 14 Abs. 1 lit. d RNöG). Als Bewilligungskriterien für den gesteigerten Gemeingebrauch werden ausdrücklich genannt: die Eignung des Platzes, der Strasse oder der Grünfläche sowie die Auswirkung auf die unmittelbare Umgebung, die zu erwartenden Immissionen für die Anwohner, die Interessen von Gastronomieunternehmen und Gewerbetreibenden, der Umwelt-, Natur- und Denkmalschutz, die Sicherheit, laufende Bauarbeiten und das erwartete zusätzliche Verkehrsaufkommen auf der Strasse (Art. 15 Abs. 3 RNöG). Zudem wird der Stadtrat ermächtigt, die regelmässig stattfindenden Märkte festzulegen, das Nähere zu regeln sowie die zuständige Stelle zu bezeichnen (Art. 19 RNöG).
- 26 Die Ausführungsbestimmungen zum Reglement sind in der **Verordnung über die Nutzung des öffentlichen Grundes** enthalten. Nach Art. 5 Abs. 3 VNöG legt die Dienstabteilung Stadtraum und Veranstaltungen die Marktplätze, die Marktzeiten, die zeitlichen und örtlichen Abweichungen von den Markttagen sowie die zugelassenen Produkte fest. Die Wochenmärkte finden in der Regel am Dienstag- und Samstagvormittag statt (Art. 28 VNöG). Die Dienstabteilung Stadtraum und Veranstaltungen legt die zum Verkauf zugelassenen Produkte fest und ist ermächtigt, Markttag ausfallen zu lassen oder zu verschieben sowie Marktzeiten zu reduzieren (Art. 30 VNöG). Die Zuteilung der Standplätze sowie die Bestimmung ihrer Anzahl, Grösse und Lage obliegt ebenfalls der Dienstabteilung Stadtraum und Veranstaltungen (Art. 32 VNöG). Die Bewilligung wird gemäss Art. 33 Abs. 1 VNöG) erteilt, wenn die Vielfalt, Qualität und Attraktivität des gesamten Marktangebots gewährleistet ist (lit. a), der Gesuch-

⁴⁰ Gewerbepolizeigesetz vom 23. Januar 1995 (SRL 955).

Bernhard Rütscbe
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

steller nicht wiederholt ohne vorgängige Benachrichtigung der zuständigen Dienststelle dem Markt ferngeblieben ist (lit. b), wenn er Gewähr für die Sicherheit und die Einhaltung der öffentlichen Ruhe und Ordnung bietet (lit. c) und die Platzverhältnisse eine zusätzliche Belegung zulassen (lit. d). Sodann wird die Pflicht statuiert, sich rechtzeitig (bei Märkten mindestens einen Tag zuvor) abzumelden, wenn von einer Bewilligung nicht Gebrauch gemacht wird, ansonsten bereits getätigte Aufwendungen und/oder Ertragsausfälle wegen nicht mehr belegbarer Standplätze in Rechnung gestellt werden können (Art. 34 Abs. 1 und 3 VNöG). Standplätze, die eine Stunde nach Marktbeginn noch nicht belegt sind, können anderweitig zugeteilt werden (Art. 34 Abs. 2 VNöG).

1.6 Beantwortung der Frage

- 27 Die **erste Gutachtensfrage** ist nach dem Gesagten wie folgt zu beantworten: Die Stadt Luzern hat bei der Vergabe von Standplätzen auf öffentlichem Grund im Rahmen des gesteigerten Gemeingebrauchs zu wirtschaftlichen Zwecken die aus der Wirtschaftsfreiheit, dem rechtlichen Gehör, dem Binnenmarktgesetz sowie den kantonalen und kommunalen Rechtsgrundlagen fließenden Grundsätze zu beachten. Im Zentrum stehen die Grundsätze der Wettbewerbsneutralität und der Gleichbehandlung von Konkurrenten, welche ein offenes und transparentes, nach sachlichen Kriterien durchgeführtes Vergabeverfahren verlangen. Dasselbe lässt sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ableiten, auf welchen sich alle von einem Verfahren betroffenen Personen berufen können. Sodann sprechen gute Gründe dafür, die im Binnenmarktgesetz verankerte Ausschreibungspflicht auf die Vergabe von Nutzungsrechten auf öffentlichem Grund anzuwenden, sofern Private zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit auf diese Nutzungsrechte angewiesen sind.

2. Bedeutung der Gerichtspraxis

2.1 Fragestellung und Vorgehen

- 28 Die **zweite Gutachtensfrage** lautet: Welche Bedeutung/Konsequenzen haben die beiden Urteile des Kantonsgerichts Luzern betreffend Wochenmarkt und Marroni-standplätze sowie das Bundesgerichtsurteil betreffend Luzerner Wochenmarkt für die Stadt Luzern? Welche Bedeutung haben sie für andere Gemeinden?

Bernhard Rütscbe
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

29 In der Fragestellung sind die folgenden **Gerichtsurteile** angesprochen: die Urteile des Verwaltungsgerichts Luzern vom 3. August 2011⁴¹ und des Bundesgerichts vom 9. Februar 2012⁴² betreffend den Luzerner Wochenmarkt sowie das Urteil des Kantonsgerichts Luzern vom 21. Juli 2014⁴³ betreffend das Aufstellen von Marroniständen in der Stadt Luzern. Diese Urteile befassen sich eingehend mit der Vergabe von Standplätzen auf öffentlichem Grund in der Stadt Luzern und machen zum entsprechenden Verfahren präzise Vorgaben. Im Folgenden werden die Urteile zunächst kurz in ihren wichtigsten Punkten dargestellt (Kap. 2.2–2.4), um danach nach ihrer Bindungswirkung über den Einzelfall hinaus auf die Vergabepraxis in der Stadt Luzern und anderen Gemeinden zu fragen (Kap. 2.5).

2.2 Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern von 2011

- 30 Das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern setzte sich in seinem Urteil vom 3. August 2011 vertieft mit der **Vergabe von Marktstandplätzen am Luzerner Wochenmarkt** auseinander. Dem Urteil lag eine Beschwerde gegen die Nichterteilung einer temporären Bewilligung bzw. gegen die Nichtausstellung einer Jahresbewilligung zur Teilnahme am Luzerner Wochenmarkt zugrunde. Davon ausgehend, dass das Betreiben von Marktständen auf öffentlichem Grund als gesteigerter Gemeingebrauch gilt und somit bewilligungspflichtig sein kann (E. 4a), wies das Verwaltungsgericht darauf hin, dass aus der Wirtschaftsfreiheit ein bedingter Anspruch auf Zurverfügungstellung des öffentlichen Grundes zu privatwirtschaftlichen Zwecken folgt, weshalb staatliche Organe bei der Prüfung von Begehren um gesteigerten Gemeingebrauch auf faire Wettbewerbsverhältnisse hinzuwirken haben (E. 4b). Die Nichterteilung einer Bewilligung zur Teilnahme am Luzerner Wochenmarkt stelle einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar, der nach Art. 36 BV gerechtfertigt sein müsse (E. 5).
- 31 Das Verwaltungsgericht führte aus, dass aufgrund der Platzknappheit nicht alle Bewerber zugleich berücksichtigt werden können, beanstandete aber, dass bestimmte Unternehmen in der Platzzuteilung gegenüber anderen regelmässig bevorzugt werden. Die Tatsache, dass kein freier Wettbewerb möglich ist, verpflichtet die Behörden dazu, mit ihrer Bewilligungspraxis **möglichst faire Wettbewerbsverhältnisse** zu schaffen. Dies setzt eine unvoreingenommene, auf sachbezogene Kriterien abstellende Prüfung der Gesuche voraus und führt dazu, dass nicht nur neu Interessierte,

⁴¹ Verwaltungsgericht Luzern, Urteil V 11 93 vom 3. August 2011.

⁴² BGer, Urteil 2C_660/2011 vom 9. Februar 2012.

⁴³ Kantonsgericht Luzern, Urteil 7H 14 163 vom 21. Juli 2014.

sondern auch bereits langjährige Marktteilnehmer sich jedes Jahr erneut um einen Marktstand bewerben müssen (E. 7a). Die Gesuche sind jährlich zu prüfen und mit Blick auf den Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten so zu vergeben, dass sämtliche Interessenten bei Vorliegen der Voraussetzungen die gleichen Chancen auf einen Jahresplatz erhalten. Andere öffentliche Interessen können gegebenenfalls rechtfertigen, einer unter dem Gesichtswinkel der Wettbewerbsneutralität weniger optimalen Lösung den Vorzug zu geben (E. 7b).

2.3 Urteil des Bundesgerichts von 2012

- 32 In seinem Urteil vom 9. Februar 2012 bestätigte das Bundesgericht das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern weitestgehend. Präzisierend führte das Bundesgericht aus, dass die Vergabe der Marktstandplätze nach objektiven Kriterien erfolgen muss, dabei aber auch das mutmassliche Publikumsinteresse in Bezug auf Qualität und Vielfalt des Angebots sowie kulturelle Anliegen einbezogen werden können. Weiter betonte das Bundesgericht, dass das systematische Bevorzugen derselben – z.B. stets der bisherigen – Bewerber oder Bewerbergruppen unzulässig ist (E. 2.1). Das Bundesgericht beanstandete nicht, dass Standplätze an Wochenmärkten nach Massgabe von zwei verschiedenen Bewilligungstypen vergeben werden, stellte aber klar, dass bei beiden Bewilligungstypen ein **offenes Vergabeverfahren** zur Anwendung kommen muss. Verfassungsrechtlich nicht zulässig wäre, wenn Inhaber von temporären Bewilligungen auf Jahre hinaus gar nie in den Besitz einer Jahresbewilligung gelangen könnten, solange ein Inhaber einer Jahresbewilligung nicht auf die Erneuerung seiner Bewilligung verzichtet. Aus diesem Grunde habe die Vorinstanz zu Recht verlangt, dass sämtliche Interessierte jährlich neu ein Gesuch einreichen müssen und die Bewilligungen alsdann mit Blick auf den Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten so vergeben werden, dass sämtliche Interessenten bei Vorliegen der Voraussetzungen die gleichen Chancen auf einen Jahresplatz erhalten (E. 4.2).

2.4 Urteil des Kantonsgerichts Luzern von 2014

- 33 Die verwaltungsrechtliche Abteilung des Kantonsgerichts Luzern befasste sich in ihrem Urteil vom 21. Juli 2014 erneut mit der Vergabe von Standplätzen auf öffentlichem Grund in der Stadt Luzern, wobei es dieses Mal um die **Vergabe von Marroni-standplätzen** ging.
- 34 Das Gericht führte aus, dass aus vergaberechtlicher Sicht nicht entscheidend ist, ob der Staat eine Bewilligung für den gesteigerten Gemeingebrauch oder eine Sondernutzungskonzession erteile. Bei einer **wirtschaftlichen Betrachtung der Markt-**

Bernhard Rütscbe
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

verhältnisse seien namentlich die Bedeutung des Nutzungsrechts für den Markteintritt und die Wettbewerbsverhältnisse in dem sich durch das Nutzungsrecht eröffnenden Markt zu berücksichtigen: Je grösser die Bedeutung des Nutzungsrechts für den Markteintritt bzw. je grösser der sich aus dem Nutzungsrecht ergebende Wettbewerbsvorteil, umso höher seien die Anforderungen an ein transparentes und nichtdiskriminierendes Verfahren, welches in einer sachgerechten Weise mit einer öffentlichen Ausschreibung unter Beachtung der Vergaberechtsgrundsätze erreicht werden könne (E. 3.4.1). Bei der Vergabe von Marronistandplätzen sei von einem faktisch kontingentierten Markt auszugehen. Eine öffentliche Ausschreibung mit analoger Anwendung von Vergabegrundsätzen erscheine grundsätzlich als sachgerechtes resp. gebotenes Mittel, eine möglichst chancengleiche Zuteilung der Standplätze zu erreichen (E. 3.4.2). Die Ausschreibung von Nutzungsrechten nach dem Vergaberecht lasse sich zudem aus dem Binnenmarktrecht ableiten (Art. 2 Abs. 7 BGBM), zumindest wenn der Anbieter auf die Nutzung öffentlicher Sachen angewiesen sei (E. 3.5).

2.5 Bindungswirkung von Gerichtsurteilen

- 35 Die dargestellten Urteile legen in Anwendung bundesrechtlicher Vorgaben, namentlich in Konkretisierung der Wirtschaftsfreiheit, Grundsätze und Regeln für die Vergabe von Standplätzen auf öffentlichem Grund fest. Sie sind damit **in inhaltlicher Hinsicht** für den Luzerner Wochenmarkt von zentraler Bedeutung. Fraglich ist, ob die Urteile über die jeweiligen Einzelfälle hinaus die Stadt Luzern und andere Gemeinden auch rechtlich binden oder ob es den Gemeindebehörden freisteht, in anderen Fällen von den Urteilen abzuweichen.
- 36 Gerichtsurteile sind formal nur für die jeweils am Verfahren beteiligten Parteien bzw. Vorinstanzen rechtlich bindend. Insbesondere bewirken die Erwägungen von Gerichten grundsätzlich **keine formelle Veränderung der Rechtslage** (Gestaltungswirkung), auch wenn sie sich auf andere Fälle übertragen lassen⁴⁴. In Betracht kommt allenfalls eine rechtliche Präjudizwirkung von höchstrichterlichen Urteilen, mit denen die Gehalte von Grundrechten näher festgelegt werden⁴⁵. Solche Grundrechtskonkretisierungen müssen gemäss Bundesverfassung in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen und von allen staatlichen Aufgabenträgern beachtet werden (Art. 35 Abs. 1 und 2 BV). Angesprochen sind damit alle Staatsorgane auf allen Ebenen, na-

⁴⁴ STREHLE, 91; CAMPRUBI, 34 und 53; RÜTSCH, 431.

⁴⁵ Vgl. RÜTSCH, 434.

Bernhard Rütscbe
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

mentlich auch die Verwaltungs- und Justizbehörden in den Kantonen und Gemeinden.

- 37 Auch wenn Gerichtsurteile formal nur den entschiedenen Einzelfall betreffen, geht von ihnen, soweit sie über den Einzelfall hinaus verallgemeinerbar sind und damit präjudiziellen Charakter aufweisen, eine erhebliche **faktische Bindungswirkung** aus⁴⁶. Die untergeordneten Justiz- und Verwaltungsbehörden haben sich schon aus Gründen der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit an gerichtlichen Präjudizien zu orientieren. Hinzu kommt der faktische Beschwerdedruck, unter dem Behörden stehen, wenn sie Fälle entscheiden, die bereits gefällten Gerichtsurteilen ähnlich sind (vgl. Rz. 114 ff.).
- 38 Die vorne dargestellten, vom Bundesgericht und vom Luzerner Kantonsgericht entwickelten Grundsätze zur Vergabe von Standplätzen auf öffentlichem Grund sind allgemeiner Natur und lassen sich auf weitere Sachverhalte übertragen. Sie sind damit **für die Vergabe von Standplätzen auf dem Luzerner Wochenmarkt richtungsweisend**. Mit Blick auf die Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit sowie potenzielle Beschwerden betroffener Privatpersonen nehmen die Urteile über die jeweiligen Einzelfälle hinaus die Stadt Luzern sowie andere Gemeinden im Kanton und – soweit das Bundesgericht entschieden hat – auch ausserhalb des Kantons in die Pflicht. Den Gemeinden steht es mithin nicht frei, ausserhalb der ihnen eingeräumten Beurteilungs- und Ermessensspielräume von diesen Gerichtsurteilen abzuweichen.

2.6 Beantwortung der Frage

- 39 Die **zweite Gutachtensfrage** ist somit wie folgt zu beantworten: Die beiden Urteile des Kantonsgerichts Luzern sowie das Bundesgerichtsurteil betreffend die Vergabe von Standplätzen auf öffentlichem Grund haben für die Stadt Luzern und andere Gemeinden zentrale Bedeutung. Die von den Gerichten entwickelten Vergabegrundsätze sind aufgrund ihres allgemeinen Charakters auf weitere Sachverhalte übertragbar und damit für die Vergabe von Standplätzen auf dem Luzerner Wochenmarkt richtungsweisend. Der Stadt Luzern und anderen Gemeinden steht es nicht zu, ausserhalb der ihnen eingeräumten Beurteilungs- und Ermessensspielräume von diesen Gerichtsurteilen abzuweichen.

⁴⁶ Zur faktischen Bindungswirkung bundesgerichtlicher Urteile STREHLE, 138 f.; HAEFLIGER, 358; TEYGELER, 98; AUER, Rz. 15; KÄLIN, 400; CAMPRUBI, 104 f.; RÜTSCH, 432 ff.

3. Vergabekriterien und Vergabeverfahren

3.1 Fragestellung und Vorgehen

- 40 Die **dritte Gutachtensfrage** lautet: Auf welche Weise kann einem Nachfrageüberhang nach öffentlichem Grund zu wirtschaftlichen Zwecken begegnet werden?
- 41 Wie gezeigt ist das hoheitsberechtigte Gemeinwesen grundsätzlich nicht verpflichtet, bei einem Nachfrageüberhang die Kapazitäten zu erhöhen (Rz. 13). Es bleibt ihm jedoch unbenommen, einem allfälligen Nachfrageüberhang zunächst durch **Erhöhung der Kapazitäten** zu begegnen, indem es entweder das Marktgelände erweitert oder die bestehenden Kapazitäten durch eine Neuparzellierung der Standplätze intensiver nutzt⁴⁷. Naturgemäss ist ein solches Vorgehen jedoch nur begrenzt möglich. Zudem ist eine Erhöhung der Kapazitäten mit der Gefahr verbunden, dass auf dem Markt ein Überangebot entsteht und in der Folge die Absatzmöglichkeiten so weit zurückgehen, dass der Betrieb eines Standplatzes nicht mehr attraktiv ist (vgl. Rz. 85).
- 42 Soweit die bestehenden Kapazitäten nicht erhöht werden können, kann einem allfälligen Nachfrageüberhang nur mittels Auswahl der an den Standplätzen interessierten Bewerber begegnet werden. Das Gemeinwesen steht dabei vor der Herausforderung, in Beachtung der massgebenden Rechtsgrundlagen die **Vergabekriterien** sowie das **Vergabeverfahren** festzulegen. Nachfolgend werden zuerst die Vergabekriterien, d.h. die für die Auswahl massgebenden öffentlichen und privaten Interessen, näher betrachtet (Kap. 3.2). Danach werden die im Prinzip möglichen Vergabeverfahren dargestellt, ohne bereits nach deren Rechtskonformität zu fragen; Letzteres wird dann Gegenstand der vierten Gutachtensfrage sein. Auf der ersten Ebene ist zwischen offenen und geschlossenen Verfahren zu unterscheiden (Kap. 3.3); auf der zweiten Ebene gilt es dann, die verschiedenen Arten offener Verfahren darzustellen (Kap. 3.4).

3.2 Öffentliche und private Interessen

- 43 Das Gemeinwesen hat bei der Vergabe von Nutzungsrechten auf öffentlichem Grund unterschiedliche öffentliche und private Interessen zu beachten und gegeneinander

⁴⁷ Vgl. dazu WINISTÖRFER, 11, für den die generelle Ablehnung, Standplätze an geeigneten Standorten zu schaffen, wenn die Kapazität dafür besteht, mit Art. 27 BV unvereinbar ist.

Bernhard Rütsche
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

abzuwägen. Das Gemeinwesen besitzt bei der Gewichtung und Abwägung der involvierten Interessen im Zusammenhang mit der Auswahl der Bewerber für die gesteigerte Nutzung des öffentlichen Grundes einen **weiten Ermessensspielraum** und geniesst damit in diesem Bereich den Schutz der Autonomie⁴⁸.

- 44 Zu den **öffentlichen Interessen**, die bei der Vergabe von Standplätzen zu berücksichtigen sind, zählen neben den Polizeigütern wie öffentliche Sicherheit und Ordnung, öffentliche Ruhe oder Treu und Glauben im Geschäftsverkehr auch andere Interessen der Allgemeinheit wie der Umwelt-, Natur- und Denkmalschutz sowie raumplanerische und kulturpolitische Interessen⁴⁹. Hinzu kommen die Gewährleistung eines möglichst ungestörten schlichten Gemeingebrauchs durch die Allgemeinheit (Passanten, Verkehrsteilnehmer, Touristen, Besucher von Kirchen u.a.)⁵⁰ sowie die zweckmässige Nutzung der vorhandenen öffentlichen Anlagen im Interesse der Anwohner (Privatpersonen sowie anstossende Gewerbebetreibende)⁵¹.
- 45 Sodann steht es dem Gemeinwesen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu, bei der Vergabe von Marktstandplätzen das **mutmassliche Publikumsbedürfnis** bzw. die Interessen der Konsumenten einzubeziehen⁵². Es handelt sich um eine besondere Art eines öffentlichen Interesses, das dem Gemeinwesen eine gewisse Steuerung des Angebots auf öffentlichem Grund gemäss den Bedürfnissen der Nachfrager erlaubt. Das Gemeinwesen darf entsprechend darauf hinwirken, dass das Publikum die aus seiner Sicht attraktivsten Angebote vorfinden kann⁵³. Massgebend sein können namentlich die Vielfalt, Qualität und Erschwinglichkeit des Angebots, die lokale oder regionale Herkunft von Produkten oder deren Art der Herstellung (z.B. Bioprodukte). Vor diesem Hintergrund ist es zulässig, dass die Bewilligungsbehörde die Angebote der Bewerber mit Blick auf die vielfältigen Publikumsbedürfnisse inhaltlich begutachtet; keine Rolle darf hingegen spielen, ob die Angebote der zuständigen Bewilligungsbehörde selber zusagen⁵⁴.

⁴⁸ BGE 128 I 136 E. 2.1 S. 140. MOSER, 535 f.

⁴⁹ Vgl. BGE 132 I 97 E. 2.2 S. 101. MOSER, 534 f.

⁵⁰ BGE 126 I 133 E. 4d S. 140.

⁵¹ BGE 127 I 164 E. 3b S. 170 m.w.H.

⁵² BGE 132 I 97 E. 2.2 S. 101; 128 I 136 E. 4.1 S. 146; 121 I 279 E. 6c/bb S. 288; 119 Ia 445 E. 4b S. 452.

⁵³ Vgl. MOSER, 526.

⁵⁴ Vgl. MOSER, 532 f.

Bernhard Rütscbe
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

- 46 Neben den öffentlichen Interessen fliessen die **privaten Interessen** der Personen, die an einer Bewilligung für gesteigerten Gemeingebrauch interessiert sind, in die Abwägung ein. Geht es um das Aufstellen von Marktständen auf öffentlichem Grund, sind die Interessen der Bewerber in aller Regel wirtschaftlicher Natur und geniessen den Schutz der Wirtschaftsfreiheit. Dabei sind die wirtschaftlichen Interessen eines Bewerbers umso höher zu gewichten, umso mehr dieser auf die Nutzung des öffentlichen Grundes angewiesen ist, um seiner Erwerbstätigkeit nachzugehen. Ist dies nach der Art des Gewerbes zwingend der Fall, sind die privaten Interessen des Bewerbers entsprechend höher zu gewichten als wenn der gewünschte gesteigerte Gemeingebrauch zwar Vorteile bringt, aber nicht geradezu betriebsnotwendig ist. Das Mass der Notwendigkeit der Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes ist somit bei der vorzunehmenden Interessenabwägung zu berücksichtigen⁵⁵.

3.3 Offene und geschlossene Verfahren

- 47 Für die Vergabe von knappen Gütern und Rechten kommen grundsätzlich offene und geschlossene Verfahren in Frage. Die Kategorien des offenen und geschlossenen Verfahrens mit ihren jeweiligen Unterarten haben sich vor allem im öffentlichen Beschaffungsrecht herausgebildet. **Offene Vergabeverfahren** ermöglichen allen Interessenten, sich um den Zuschlag – vorliegend die Erteilung der Bewilligung für den gesteigerten Gemeingebrauch – zu bewerben. Die Offenheit des Verfahrens zeigt sich somit darin, dass jedermann ein Bewilligungsgesuch stellen kann und die Behörde verpflichtet ist, jedes eingereichte Gesuch zu prüfen und darüber zu entscheiden.
- 48 Offene Verfahren können mit einer **öffentlichen Ausschreibung** einhergehen. Mit einer öffentlichen Ausschreibung macht die zuständige Behörde von sich aus die Vergabe als solche, die Vergabekriterien, deren Gewichtung sowie das Vergabeverfahren mittels Publikation im Amtsblatt oder auf andere geeignete Weise transparent (Prinzip der Bringschuld)⁵⁶. Ein offenes Vergabeverfahren liegt aber auch dann vor, wenn – wie z.B. bei regelmässig wiederkehrenden Veranstaltungen – allgemein bekannt ist, dass eine Vergabe erfolgt und es an den interessierten Anbietern liegt, sich über die Modalitäten der Vergabe zu erkundigen (Prinzip der Holschuld)⁵⁷. Das Ver-

⁵⁵ BGE 126 I 133 E. 4d S. 140 f.; BGer, Urteil 2C_106/2015 vom 26. Juni 2015, E. 4.5.

⁵⁶ KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, Rz. 1002.

⁵⁷ Vgl. MOSER, 518, wonach die öffentliche Ausschreibung eine von verschiedenen Möglichkeiten darstellt, ein offenes Verfahren sicherzustellen. Vgl. auch BGer, Urteil 2C_660/2011 vom 9. Februar 2012, E. 4.2.

fahren ist in solchen Fällen indessen nur dann offen, wenn die Behörde auf Anfrage alle notwendigen Informationen zur Vergabe, namentlich zu den Vergabekriterien und zum Verfahrensablauf, rechtzeitig offenlegt.

- 49 **Geschlossene Vergabeverfahren** charakterisieren sich dadurch, dass sich nur ein oder mehrere namentlich bestimmte Anbieter um den Zuschlag bewerben können. Der Kreis der in Frage kommenden Anbieter ist damit von vornherein auf bestimmte Personen beschränkt. Zu den geschlossenen Verfahren gehören das freihändige Verfahren und das Einladungsverfahren. Das freihändige Verfahren charakterisiert sich dadurch, dass die zuständige Behörde den Zuschlag direkt und ohne Ausschreibung einem bestimmten Anbieter erteilt (Art. 16 BöB und § 13 öGB). Das Einladungsverfahren entspricht weitgehend dem freihändigen Verfahren, mit dem Unterschied, dass das Gemeinwesen eine bestimmte, vom Gesetz verlangte Mindestanzahl von Anbietern zur Einreichung einer Offerte bzw. Bewerbung einladen muss (§ 12 öGB).
- 50 Offene und geschlossene Verfahren lassen sich auch kombinieren, indem zweistufig vorgegangen wird: In einem ersten – offenen - Verfahrensabschritt wird dabei anhand von Eignungskriterien eine bestimmte Anzahl von Bewerbungen ausgewählt. Die eigentliche Vergabe erfolgt dann im zweiten – geschlossenen – Verfahrensabschnitt, zu dem nur noch die geeigneten Bewerber zugelassen sind. Im öffentlichen Beschaffungsrecht wird dieses zweistufige Verfahren als **selektives Verfahren** bezeichnet (vgl. Art. 15 BöB und § 11 öBG). Auch dem selektiven Verfahren geht im Beschaffungsrecht stets eine öffentliche Ausschreibung voraus.
- 51 Eine weitere Spielart offener und geschlossener Verfahren besteht darin, innerhalb einer Vergabe verschiedene Angebotsgruppen zu bilden (sog. **Lose**). Bei der Vergabe von Marktstandplätzen auf öffentlichem Grund fallen etwa Angebotsgruppen nach Marktperimetern, Standplatzgrößen oder Sortimentskategorien in Betracht. Dabei werden die Bewerbungen den einzelnen Gruppen bzw. Losen zugeteilt. Soweit im Fall eines offenen Verfahrens in einer Gruppe ein Nachfrageüberhang besteht, wird die Auswahl innerhalb der Bewerber durchgeführt, welche dieser Gruppe zugeteilt worden sind.

3.4 Arten von offenen Verfahren

- 52 Offene und geschlossene Verfahren unterscheiden sich wie gezeigt danach, ob jedermann oder nur bestimmte Personen Zugang zu einer Vergabe haben. Innerhalb der offenen Verfahren gibt es wiederum unterschiedliche Verfahrensarten je nachdem, nach welchem Prinzip die Auswahl der eingegangenen Bewerbungen erfolgt. Im Einzelnen kommen folgende **Auswahlprinzipien** in Frage: Windhundprinzip (zeitliche

Bernhard Rütsche
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

Priorität), Anciennitätsprinzip (Status quo bzw. Wartezeit), Rotationsprinzip (zeitliche Staffelung), Kriterienwettbewerb (inhaltliche Priorität), Versteigerung (monetäre Priorität) sowie Losentscheid (Zufall).

- 53 Gemäss dem sog. **Windhundprinzip** ("first come first served") wird der Zuschlag in der Reihenfolge der eingegangenen Bewerbungen vergeben⁵⁸. Die Auswahl gründet auf dem Prinzip der zeitlichen Priorität. Diese Vergabemethode führt dazu, dass sich der schnellste Bewerber durchsetzt. Hinsichtlich der Vergabe von Standplätzen bedeutet das, dass die Bewilligungen für den gesteigerten Gemeingebrauch gemäss Eingang der entsprechenden Gesuche erteilt werden, solange die vorgegebene oder festgelegte Höchstzahl nicht erreicht ist. Das Windhundprinzip hat eine aleatorische Komponente und kommt dem Zufallsprinzip nahe⁵⁹. Zwar ist es mit geringem Verwaltungsaufwand verbunden, hat aber den offensichtlichen Nachteil, dass der Auswahl keine sachlichen Kriterien zugrunde liegen und den mutmasslichen Publikumsinteressen (Vielfalt, Qualität und Attraktivität des Angebots) in keiner Weise Rechnung getragen wird⁶⁰.
- 54 Das **Anciennitätsprinzip** charakterisiert sich dadurch, dass zwischen mehreren Bewerbern diejenigen bevorzugt werden, die bereits ein Nutzungsrecht auf öffentlichem Grund haben (Status quo). Im Verhältnis zwischen neuen Bewerbern erhält derjenige den Zuschlag, dessen Gesuch um Erteilung des Nutzungsrechts länger zurückliegt (Wartezeit); um den Eingang der Gesuche zu registrieren, führt die Vergabebehörde eine Warteliste. Nach dem Anciennitätsprinzip kommen somit neue Anbieter erst dann zum Zuge, wenn bisherige Inhaber von Nutzungsrechten (Standplatzbetreiber) mit einem gleichen oder ähnlichen Angebot ihr Recht aufgeben oder neue Nutzungsrechte vergeben werden, indem z.B. zusätzliche Kapazitäten geschaffen werden. Das Anciennitätsprinzip kann dazu führen, dass neuen Bewerbern während Jahren oder auf immer der Marktzutritt verwehrt bleibt. Dieses Auswahlprinzip steht somit im Zeichen des Bestandesschutzes und der Bevorzugung der bisherigen Anbieter⁶¹. Es bewirkt, dass die gewachsenen Marktstrukturen erhalten bleiben und die dem Publikum vertrauten Anbieter selten wechseln. Umgekehrt führt das Prinzip

⁵⁸ Vgl. KUNZ, 205.

⁵⁹ KUNZ, 205.

⁶⁰ Vgl. MOSER, 526 f.

⁶¹ Vgl. KUNZ, 204.

Bernhard Rütsche
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

zu einer leistungsunabhängigen Auswahl der Anbieter⁶² und verwehrt es dem Gemeinwesen, auf allfällige Veränderungen der Konsumentenbedürfnisse zu reagieren.

- 55 Beim **Rotationsprinzip** erhalten alle interessierten Bewerber eine Bewilligung für den gesteigerten Gemeingebrauch, die sie jedoch nur zeitlich gestaffelt in einem bestimmten Turnus in Anspruch nehmen können. Bei der Vergabe von Marktständen kann das Rotationsprinzip für standortgebundene Bewerber wie lokale und regionale Produzenten, die nur schwer auf andere Märkte ausweichen können, faktisch auf einen Marktausschluss hinauslaufen; damit ist die Gefahr verbunden, dass sich für solche Anbieter die Tätigkeit als Marktfahrer wirtschaftlich nicht mehr rechnet⁶³. Ausserdem ist die Umsetzung des Rotationsprinzips im Bereich der Standplatzvergabe mit komplexen organisatorischen Fragen verbunden. Schliesslich lässt sich mit dem Rotationsprinzip Veränderungen der Publikumsinteressen insofern nicht hinreichend Rechnung tragen, als bei einem grossen Nachfrageüberhang die Marktstandplätze auf mehrere Jahre hinaus vergeben bleiben. Hinzu kommen regelmässige Wechsel der Standbetreiber, was unter Umständen ebenfalls den Konsumentenbedürfnissen zuwider läuft⁶⁴.
- 56 Erfolgt die Auswahl unter den Konkurrenten mittels **Kriterienwettbewerb**, wird der Zuschlag den Bewerbern mit den besten Angeboten erteilt. Die Standplatzbewilligungen gehen demnach an jene Anbieter, die nach Einschätzung der zuständigen Behörde oder einer Jury die vordefinierten Auswahlkriterien hinsichtlich Vielfalt, Qualität und Attraktivität des Angebots am besten erfüllen. Der Kriterienwettbewerb ermöglicht dem Gemeinwesen, durch die Festlegung und Gewichtung der Auswahlkriterien das Angebot und den Charakter des Marktes entsprechend dem mutmasslichen Publikumsinteresse zu steuern. Der Kriterienwettbewerb ist ein sach- und leistungsbezogenes Auswahlverfahren. Er kann indessen dazu führen, dass bisherige Marktfahrer ihren Standplatz verlieren und dadurch allenfalls in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten. Abgesehen davon sind Kriterienwettbewerbe für die Verwaltung mit relativ hohem Aufwand verbunden.
- 57 Bei der **Versteigerung** erfolgt der Zuschlag an den meistbietenden Bewerber. Für das Gemeinwesen ist dieses Vergabeverfahren insofern von Vorteil, als es nicht besonders aufwändig ist, dafür aber je nach Versteigerungsergebnis einträglich sein

⁶² JAAG, 491.

⁶³ WINISTÖRFER, 14.

⁶⁴ Vgl. MOSER, 526.

Bernhard Rütsche
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

kann. Bedeutende Einkünfte für das Gemeinwesen sind indessen nur bei der Vergabe von Nutzungsrechten mit hohem wirtschaftlichem Ertragspotenzial zu erwarten, was bei Standplätzen auf Wochenmärkten kaum der Fall sein dürfte. Zudem wäre damit zu rechnen, dass Standplatzbetreiber die infolge der Versteigerung geschuldeten Gebühren über die Preise auf die Konsumenten abwälzen, was nicht im Interesse des Publikums liegt. Abgesehen davon lässt das Auswahlprinzip des höchsten Gebots die Publikumsinteressen ausser Acht, da die Bewilligungserteilung unabhängig von der Attraktivität des Angebots und weiterer Kriterien erfolgt. Darüber hinaus würden Anbieter mit geringen finanziellen Möglichkeiten regelmässig leer ausgehen, was aus sozialpolitischen Gründen problematisch und der Vielfalt des Angebots auf dem Markt abträglich sein kann.

- 58 Schliesslich kann der Zuschlag auch durch **Losentscheid** erfolgen und somit dem Zufall überlassen werden. Diese Vergabeform ist mit geringem Verwaltungsaufwand verbunden und schliesst sachfremde Einflüsse bei der Vergabe (z.B. Bevorzugung bisheriger oder bekannter Marktteilnehmer) von vornherein aus⁶⁵. Zugleich verunmöglicht das Zufallsprinzip eine Berücksichtigung des mutmasslichen Publikumsinteresses⁶⁶ sowie die Steuerung des Angebots nach Qualitäts- und Leistungskriterien. Der Losentscheid bietet sich vor diesem Hintergrund erst dann an, wenn sachgerechte Kriterien für die Auswahl der Angebote fehlen.

3.5 Beantwortung der Frage

- 59 Die **dritte Gutachtensfrage** ist somit wie folgt zu beantworten: Einem Nachfrageüberhang nach öffentlichem Grund zu wirtschaftlichen Zwecken kann entweder mittels Erhöhung der vorhandenen Kapazitäten oder durch Auswahl der interessierten Bewerber begegnet werden. Bei der Auswahl der Bewerber hat das Gemeinwesen unterschiedliche öffentliche und private Interessen zu beachten und gegeneinander abzuwägen. Das Gemeinwesen verfügt dabei über einen grossen Ermessensspielraum. Zu den involvierten Interessen gehört insbesondere das mutmassliche Publikumsinteresse, das dem Gemeinwesen eine gewisse, an der Nachfrage orientierte Steuerung des Angebots auf öffentlichem Grund erlaubt. Was das Verfahren betrifft, ist zwischen offenen und geschlossenen Verfahren zu unterscheiden. Bei den offenen

⁶⁵ KUNZ, 206.

⁶⁶ Vgl. MOSER, 526 f.

Verfahren sind folgende Auswahlprinzipien denkbar: Windhundprinzip, Anciennitätsprinzip, Rotationsprinzip, Kriterienwettbewerb, Versteigerung sowie Losentscheid.

4. Rechtskonformität einzelner Vergabeverfahren

4.1 Fragestellung und Vorgehen

- 60 Die **vierte Gutachtensfrage** lautet: Welche der von Ihnen zu Frage 3 aufgezeigten Möglichkeiten erachten Sie als rechtskonform, welche nicht?
- 61 Die Rechtskonformität der verschiedenen Vergabeverfahren wird im Folgenden nach den in Kap. 1 dargestellten **bundesrechtlichen Vorgaben** beurteilt. Massgebend sind namentlich die verfassungsrechtlichen Grundsätze der Wettbewerbsneutralität und der Gleichbehandlung von Konkurrenten sowie der Anspruch auf rechtliches Gehör. Diese Garantien verlangen eine offene und transparente, nach sachlichen Kriterien durchgeführte Vergabe von Nutzungsrechten auf öffentlichem Grund (Rz. 27). Die Frage der Rechtskonformität ist zunächst für die geschlossenen Verfahren (Kap. 4.2) und danach für die offenen Verfahren zu prüfen (Kap. 4.3).

4.2 Geschlossene Verfahren

- 62 In geschlossenen Vergabeverfahren können sich nur ein oder mehrere namentlich bestimmte Anbieter um den Zuschlag bewerben (Rz. 49). Alle anderen Anbieter sind damit **vom Verfahren ausgeschlossen**. Die direkten Konkurrenten der Anbieter mit exklusivem Verfahrenszugang haben von vornherein keine Chance auf den Zuschlag bzw. auf den Erhalt einer Bewilligung für die Nutzung des öffentlichen Grundes. Dies widerspricht dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität und der Gleichbehandlung der Konkurrenten. Zudem stellt der Ausschluss direkter Konkurrenten vom Verfahren eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar.
- 63 Eine Ungleichbehandlung von Konkurrenten lässt sich unter Umständen rechtfertigen, wenn diese zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen notwendig ist (Rz. 16). Eine direkte Vergabe von Nutzungsrechten an einen bestimmten Bewerber könnte etwa dann im **öffentlichen Versorgungsinteresse** gerechtfertigt sein, wenn das Gemeinwesen dadurch Anreize für Vorinvestitionen bieten bzw. wahren kann. Dies mag bei Grossprojekten wie Wasserkraftwerken oder Stromübertragungsnetzen

Bernhard Rütscbe
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

der Fall sein, deren Errichtung umfangreiche und kostspielige Vorabklärungen erfordern⁶⁷. Bei der Vergabe von Marktstandplätzen ist diese Bedingung jedoch nicht erfüllt, da einerseits das Betreiben eines Marktstandes nicht besonders hohe Vorinvestitionen voraussetzt und andererseits die Öffentlichkeit genügend alternative Versorgungsmöglichkeiten hat.

- 64 Ein anderer Rechtfertigungsgrund für Ungleichbehandlungen könnte die **Minimierung von Verwaltungsaufwand** sein. Dies käme indessen höchstens dann in Frage, wenn die auf dem Spiel stehenden wirtschaftlichen Nutzungsinteressen sehr gering wären und damit nur ein geringfügiger Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der vom Verfahren ausgeschlossenen Konkurrenten vorliegen würde. Auf den Betrieb von Marktstandplätzen trifft dies indessen nicht zu: Namentlich für Kleinproduzenten aus der Region stellt der Wochenmarkt eine wichtige Absatzmöglichkeit dar, obschon auch alternative Verkaufs- und Vertriebskanäle möglich sind (Direktverkauf, Lieferung an Detailhandelsgeschäfte oder Grossverteiler, Verkauf über das Internet). Aber auch hinter Händlern stehen häufig Produzenten aus der Region. Zwar könnten die Händler versuchen, auf andere Märkte in der Schweiz auszuweichen, sie haben aber auch dort mangels freiem Zugang nur beschränkte Absatzmöglichkeiten. Angesichts der auf dem Spiel stehenden wirtschaftlichen Interessen von Produzenten und Händlern liesse sich damit eine Direktvergabe von Marktstandplätzen an bestimmte Personen nicht mit dem Anliegen rechtfertigen, die Kosten der Verwaltung gering zu halten.
- 65 Aus den genannten Gründen sind im Fall eines (potenziellen) Nachfrageüberhangs geschlossene Verfahren für die Vergabe von Marktstandplätzen **rechtswidrig**. Dies geht auch aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hervor, wonach Marktstandplätze in einem offenen Verfahren zu vergeben sind⁶⁸. Für die Vergabe von Marktstandplätzen auf öffentlichem Grund sind geschlossene Verfahren demnach nur dann zulässig, wenn von vornherein feststeht, dass kein Nachfrageüberhang besteht. Bei Unsicherheiten hinsichtlich des Nachfrageüberhangs wäre ein zweistufiges Verfahren, welches in einem ersten Schritt einzig die Nachfrage nach Standplätzen auf einen Stichtag hin ermittelt, denkbar. Auf diese Weise müsste erst im Falle eines Nachfrageüberhangs, dem nicht mittels einer Erhöhung der Kapazitäten beizukommen ist,

⁶⁷ Vgl. Art. 60 Abs. 3^{bis} WRG sowie Art. 3a StromVG, wonach Wasserrechtskonzessionen sowie Konzessionen für Übertragungs- und Verteilnetze ohne Ausschreibung verliehen werden können.

⁶⁸ BGer, Urteil 2C_660/2011 vom 9. Februar 2012, E. 4.2.

in einem zweiten Verfahrensschritt zu offenen Vergabeverfahren übergegangen werden.

4.3 Offene Verfahren

- 66 Offene Vergabeverfahren ermöglichen allen Interessenten, sich um die Bewilligung für einen Marktstandplatz zu bewerben (Rz. 47). Jeder potenzielle Anbieter hat demnach **freien Zugang zum Verfahren** und kann entsprechend seine Verfahrensrechte wahrnehmen. Insofern ist in offenen Verfahren der Anspruch auf rechtliches Gehör in jedem Fall gewahrt. Fraglich ist hingegen, inwieweit offene Verfahren mit dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität und der Gleichbehandlung von Konkurrenten vereinbar sind. Die Antwort auf diese Frage hängt davon ab, welches Auswahlprinzip im offenen Verfahren zur Anwendung kommt. Nachfolgend ist in Bezug auf jedes Auswahlprinzip die Vereinbarkeit mit der Wirtschaftsfreiheit zu prüfen.
- 67 Gemäss dem **Windhundprinzip** vergibt das Gemeinwesen die Nutzungsrechte in der Reihenfolge, in der die Gesuche eingegangen sind. Die durch die Auswahl bewirkte Benachteiligung der nicht berücksichtigten Bewerber beruht dabei auf einem sachfremden Kriterium, nämlich demjenigen der zeitlichen Priorität. Diese hat keinerlei Zusammenhang mit den öffentlichen Interessen, welche das Gemeinwesen bei der Durchführung des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen hat (vgl. Rz. 44 ff.); insbesondere fehlt ein Zusammenhang mit dem mutmasslichen Publikumsinteresse. Das Windhundprinzip ist damit mit dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität und der Gleichbehandlung von Konkurrenten nicht vereinbar.
- 68 Das **Anciennitätsprinzip** führt zu einer systematischen Privilegierung der bestehenden Standplatzbetreiber. Ein Neueintritt in den Markt ist nur möglich, wenn zusätzliche Kapazitäten geschaffen werden oder wenn ein bisheriger Betreiber sein Nutzungsrecht aufgibt. Die damit verbundene systematische Ungleichbehandlung von bisherigen mit potenziellen Anbietern, die in einem direkten Konkurrenzverhältnis stehen, widerspricht dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität. Es stellt sich die Frage, ob hinreichend gewichtige öffentliche oder private Interessen vorliegen, welche die konstatierte Ungleichbehandlung rechtfertigen können.
- 69 Als Rechtfertigungsgrund kommt zunächst der **Schutz des Vertrauens** bisheriger Bewilligungsinhaber in Frage. Der in Art. 9 BV verankerte Grundsatz von Treu und Glauben verleiht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung den "Anspruch auf

Bernhard Rütsche
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden"⁶⁹. Hingegen vermittelt der verfassungsrechtliche Vertrauensschutz kein wohlerworbenes Recht auf Beibehaltung oder Erneuerung einer Bewilligung für gesteigerten Gemeindegebrauch⁷⁰. Vielmehr gehört es zum Unternehmerrisiko der Bewerber, "wie die jeweils zuständigen Behörden von dem ihnen bei der Vergabe von Standplätzen zulässigerweise zustehenden Spielraum Gebrauch machen. Sie dürfen allenfalls erwarten, dass über von ihnen gestellte Standplatzgesuche möglichst rasch entschieden und eine allfällige Änderung der Zuteilungsregeln oder der Zuteilungspraxis möglichst frühzeitig bekannt gegeben wird, um die gebotenen Dispositionen treffen zu können"⁷¹. Der Vertrauensschutz der bisherigen Bewilligungsinhaber ist somit kein Argument für das Anciennitätsprinzip. Hingegen spricht der Vertrauensschutz für eine hinreichend vorhersehbare Vergabep Praxis. Zudem sollte Bewilligungsinhabern genügend Zeit zur Verfügung stehen, um die Investitionen, die sie im Hinblick auf die Bewilligung getätigt haben, amortisieren zu können. Das bedeutet, dass die Bewilligungsdauer so zu bemessen ist, dass sich die zur Ausübung des Nutzungsrechts notwendigen Investitionen und Dispositionen lohnen. Zur Verwirklichung des Vertrauensschutzes ist das Gemeinwesen somit verpflichtet, mittels institutioneller Vorkehrungen wie ausreichenden Übergangsregelungen oder Bewilligungslaufzeiten für Investitionssicherheit zu sorgen⁷².

- 70 Mit dem Vertrauensschutz eng verbunden ist die Frage des **Existenzschutzes** bisheriger Bewilligungsinhaber. Allerdings ist es nicht Aufgabe des Gemeinwesens, "den Bewilligungsinhaber einer Nutzung von öffentlichem Grund vor wirtschaftlichen Risiken zu bewahren oder ihm gar ein Einkommen zu garantieren"⁷³. Zwar hat das Gemeinwesen gemäss Bundesgericht strukturbedingte sachliche Unterschiede zwi-

⁶⁹ BGE 129 I 161 E. 4.1 S. 170.

⁷⁰ BGE 132 I 97 E. 2.2 S. 101; 108 Ia 135 E. 5a S. 139; 102 Ia 438 E. 7a S. 448. Kantonsgericht Luzern, Urteil 7H 14 163 vom 21. Juli 2014, E. 4.3.2; Verwaltungsgericht Luzern, Urteil V 11 93 vom 3. August 2011, E. 7a; Verwaltungsgericht Luzern, Urteil P 03 1 vom 28. September 2005 (LGVE 2006 II Nr. 39), E. 5d.

⁷¹ BGer, Urteil 2C_144/2007 vom 29. August 2007 E. 2.4. Vgl. auch Verwaltungsgericht Luzern, Urteil V 11 93 vom 3. August 2011, E. 7a.

⁷² Vgl. BGE 139 II 28 E. 2.7.2 S. 34 f.; 118 Ib 241 E. 9 S. 256 ff. Sodann MOSER, 518 f.; WINISTÖRFER, 13.

⁷³ Kantonsgericht Luzern, Urteil 7H 14 163 vom 21. Juli 2014, E. 5.2.4. Vgl. auch BGE 121 I 279 E. 6b S. 287, wonach der wirtschaftliche Erfolg eines Zirkusunternehmens naturgemäss weitgehend auch von der Zuteilungspraxis der Gemeinden abhängt.

Bernhard Rütscbe
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

schen den Konkurrenten zu berücksichtigen und einen Zuteilungsschlüssel anzustreben, der den allfälligen Ungleichheiten der konkurrierenden Betriebe in verhältnismässiger Weise Rechnung trägt⁷⁴. Die damit angesprochene Berücksichtigung faktischer Ungleichheiten dient indessen der Verwirklichung der Gleichbehandlung der Konkurrenten und nicht dem Schutz der wirtschaftlichen Existenz einzelner Unternehmen oder Personen. Der Existenzschutz ist damit kein Argument, um bisherige Standplatzbetreiber im Vergabeverfahren gemäss dem Anciennitätsprinzip systematisch zu bevorzugen.

- 71 Weiter ist zu fragen, ob sich das Anciennitätsprinzip mit Blick auf das **mutmassliche Publikumsinteresse** begründen lässt. Das Bundesgericht versteht das Publikumsinteresse indessen als angebots- und nicht als anbieterbezogenes Interesse, indem es in diesem Zusammenhang regelmässig auf die Vielfalt und Qualität des Angebots verweist⁷⁵. Ein Publikumsinteresse, welches allein auf persönliche Beziehungen und Kontakte zwischen den Anbietern und den Konsumenten abstellt, wäre mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht vereinbar, da es die bestehenden Nutzungsberechtigten gegenüber den Konkurrenten per se privilegieren würde; die aussenstehenden Konkurrenten könnten dieses Kriterium von vornherein nicht erfüllen, da sie bisher gar nicht die Möglichkeit hatten, auf dem Markt persönliche Kundenbeziehungen aufzubauen. Anbieterbezogene Aspekte dürfen jedoch soweit in die Vergabepaxis einfliessen, als sie einen direkten Zusammenhang zum Angebot haben, dessen Bereitstellung im mutmasslichen Interesse des Publikums liegt. So kann es dem Publikumsinteresse entsprechen, dass auf dem Markt Produkte aus lokaler Eigenproduktion angeboten werden⁷⁶. Indirekt erhalten dadurch Produzenten aus der näheren Umgebung höhere Chancen auf die Bewilligung bzw. Beibehaltung eines Standplatzes. Ebenso kann es im Publikumsinteresse liegen, dass Produkte durchgehend, an sämtlichen Markttagen, angeboten werden; in diesem Fall wird im Vergabeverfahren zu prüfen sein, ob die Bewerber in glaubhafter Weise eine hinreichende Präsenz auf dem Markt gewährleisten können. Hingegen ist das angebotsbezogene Argument des Publikumsinteresses nicht geeignet, eine Privilegierung bisheriger Standplatzbetreiber allein aufgrund ihrer langjährigen Kundenbeziehungen zu rechtfertigen. Auch auf diese Weise ist das Anciennitätsprinzip somit nicht begründbar.

⁷⁴ BGE 128 I 136 E. 4.1 S. 147; 121 I 279 E.6 c/aa S. 287.

⁷⁵ BGE 132 I 97 E. 2.2 S. 101; 128 I 136 E. 4.1 S. 146.

⁷⁶ Vgl. BGE 132 I 97 E. 2.2 S. 101.

Bernhard Rütsche
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

- 72 Demzufolge steht eine Vergabe von Marktstandplätzen nach dem Anciennitätsprinzip im Widerspruch zum Grundsatz der Wettbewerbsneutralität und zur Gleichbehandlung der Konkurrenten. Weder der Vertrauensschutz bzw. Existenzschutz von Standbetreibern noch das mutmassliche Publikumsinteresse an einem attraktiven Markt vermögen eine **systematische Bevorzugung bisheriger Bewilligungsinhaber** zu rechtfertigen. Diese Schlussfolgerung entspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach es unzulässig erscheint, "systematisch dieselben – z.B. stets die bisherigen – Bewerber oder Bewerbergruppen zu bevorzugen"⁷⁷.
- 73 Weiter ist zu prüfen, ob das **Rotationsprinzip** vor der Wirtschaftsfreiheit standhält. Das Rotationsprinzip führt dazu, dass mittel- und langfristig alle geeigneten Anbieter den öffentlichen Grund für ihre Zwecke nutzen können. Das Rotationsprinzip steht insofern im Dienst der Gleichbehandlung der Konkurrenten. Dabei ist es auch mit diesem Grundsatz vereinbar, dass die Konkurrenten, die gemäss Rotationsplan erst zu einem späteren Zeitpunkt zum Zuge kommen, bis dahin auf eine Warteliste gesetzt werden⁷⁸. In Kombination mit dem Rotationsprinzip sind Wartezeiten demnach zulässig, da von ihnen nicht die Zuteilung des Nutzungsrechts als solche, sondern lediglich der Zeitpunkt der Ausübung dieses Rechts abhängt.
- 74 Die Zuteilung knapper Nutzungsrechte auf öffentlichem Grund in einem **Kriterienwettbewerb** respektiert den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität in optimaler Weise, soweit die massgebenden Kriterien einen Bezug zu anerkannten öffentlichen Interessen (Polizeigüterschutz, mutmassliches Publikumsinteresse u.a.) aufweisen. Die Auswahl unter den Konkurrenten erfolgt dabei nach sachlichen Kriterien und damit in rechtsgleicher Weise.
- 75 Fraglich ist, nach welchem Prinzip die Vergabe von Nutzungsrechten erfolgen kann, wenn aufgrund des Kriterienwettbewerbs keine Auswahl getroffen werden kann, weil zwischen mehreren Konkurrenten **Gleichstand** herrscht. Ein mögliches Auswahlprinzip ist diesen Fällen das Anciennitätsprinzip. Als primäres Auswahlprinzip kommt das Anciennitätsprinzip wie gesehen (Rz. 68 ff.) nicht in Frage, da es zu einer systematischen Bevorzugung bisheriger Nutzungsberechtigter führt. Wenn hingegen die sachlichen, objektiven Kriterien erschöpft sind und bisherige sowie neue Bewerber diese

⁷⁷ BGer, Urteil 2C_660/2011 vom 9. Februar 2012, E. 2.1. Sodann BGE 132 I 97 E. 2.2 S. 101; Kantonsgericht Luzern, Urteil 7H 14 163 vom 21. Juli 2014, E. 3.4.2; Verwaltungsgericht Luzern, Urteil V 11 93 vom 3. August 2011, E. 7a.

⁷⁸ BGE 132 I 97 E. 2.2 S. 101.

Bernhard Rütsche
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

Kriterien gleichermaßen erfüllen, präsentiert sich die Situation anders: Aussenstehende Konkurrenten haben in diesem Fall die Chance, sich im Rahmen des Kriterienwettbewerbs (primäres Auswahlprinzip) mit attraktiveren Angeboten einen Marktstandplatz anstelle eines bisherigen Anbieters zu ergattern. Insofern findet keine systematische Privilegierung von bisherigen Standplatzbetreibern statt. Daher erscheint es durchaus mit der Wettbewerbsneutralität und dem Gleichbehandlungsgebot vereinbar, wenn im Fall eines Gleichstands zwischen bisherigen und neuen Bewerbern das Anciennitätsprinzip zur Anwendung kommt. Damit kann dem nicht von der Hand zu weisenden Publikumsinteresse an personeller Kontinuität auf dem Markt und Wahrung persönlicher Kontakte zu Standbetreibern Rechnung getragen werden (vgl. Rz. 71), ohne neuen Bewerbern die Chance auf einen Markteintritt zu verwehren. Entscheidend ist dabei, dass die Chance von neuen Bewerbern auf einen Standplatz real ist. Das bedeutet, dass der Kriterienkatalog genügend breit und differenziert sein muss, um neuen Bewerbern effektiv die Möglichkeit zu bieten, mit attraktiven Angeboten obenaus zu schwingen und in den Markt einzutreten. Das Anciennitätsprinzip muss somit strikt subsidiär zu einer Auswahl nach objektiven Kriterien bleiben.

- 76 Das Auswahlprinzip der **Versteigerung** beruht insofern auf einem sachfremden Kriterium, als es keinen Zusammenhang mit öffentlichen Interessen aufweist, die bei der Vergabe von Marktstandplätzen eine Rolle spielen können. Soweit jedoch alle verbleibenden Bewerber um einen Standplatz die massgebenden, objektiv begründeten Vergabekriterien erfüllen, wird der Gleichbehandlungsanspruch der Konkurrenten nicht verletzt, wenn die Nutzungsrechte an die Meistbietenden vergeben werden. Das Versteigerungsprinzip kann somit in verfassungsrechtlich zulässiger Weise zum Zug kommen, wenn eine Auswahl nach objektiven, sachlichen Kriterien nicht (mehr) möglich ist und zwischen Konkurrenten Gleichstand herrscht⁷⁹.
- 77 Die Rechtskonformität von **Losentscheiden** ist gleich zu beurteilen wie diejenige von Versteigerungen. Auch Losentscheide haben keinen Bezug zu anerkannten öffentlichen Interessen und dürfen folglich nur subsidiär, bei Fehlen objektiver Eignungskriterien, zur Anwendung kommen⁸⁰.

⁷⁹ Vgl. KUNZ, 207.

⁸⁰ Vgl. Kantonsgericht Luzern, Urteil 7H 14 163 vom 21. Juli 2014, E. 3.4.2. Sodann KUNZ, 206.

4.4 Beantwortung der Frage

- 78 Die **vierte Gutachtensfrage** ist somit wie folgt zu beantworten: Geschlossene Verfahren sind im Fall eines (potenziellen) Nachfrageüberhangs für die Vergabe von Marktstandplätzen rechtswidrig. Was offene Verfahren betrifft, ist es rechtswidrig, Standplätze primär nach dem Windhundprinzip oder Anciennitätsprinzip zu vergeben. Mit übergeordnetem Recht vereinbar sind hingegen die Vergabe nach dem Rotationsprinzip und der Kriterienwettbewerb. Für den Fall, dass aufgrund eines Kriterienwettbewerbs wegen Gleichstands von Bewerbern keine Auswahl getroffen werden kann, können das Anciennitätsprinzip, Versteigerungen sowie Losentscheide als sekundäre Auswahlprinzipien zur Anwendung kommen. Vorausgesetzt ist dabei, dass der Kriterienkatalog genügend breit und differenziert ist, damit neue Bewerber eine reale Chance auf einen Markteintritt haben.

5. Notwendigkeit einer öffentlichen Ausschreibung

- 79 Die **fünfte Gutachtensfrage** lautet: In welchen Fällen ist eine öffentliche Ausschreibung zwingend notwendig?
- 80 Eine öffentliche Ausschreibung ist ein Instrument, mit dem die zuständige Behörde in offenen Verfahren die Vergabe und deren Modalitäten von sich aus mittels Publikation im Amtsblatt oder auf andere Weise offenlegt (Rz. 48). Rechte auf Nutzung öffentlicher Sachen zu wirtschaftlichen Zwecken müssen wie gesehen grundsätzlich in einem offenen Verfahren vergeben werden, wenn ein Nachfrageüberhang zu erwarten ist (Rz. 62 ff.). Ein offenes Verfahren setzt notwendig voraus, dass potenzielle Bewerber **von der Vergabe rechtzeitig Kenntnis erhalten**. Dies kann in der Regel nur mittels öffentlicher Ausschreibung der Vergabe gewährleistet werden. Die öffentliche Ausschreibung ist in diesen Fällen zwingend, um interessierten Personen den Zugang zum Verfahren zu ermöglichen (Wahrung des rechtlichen Gehörs, Rz. 19) und ihnen gleiche Chancen auf den Zuschlag einzuräumen (Gleichbehandlung der Konkurrenten, Rz. 15).
- 81 In besonderen Konstellationen kann indessen **als allgemein bekannt vorausgesetzt** werden, dass zu einem bestimmten Zeitpunkt eine Vergabe von Nutzungsrechten auf öffentlichem Grund stattfinden wird. Dies ist namentlich bei regelmässig stattfindenden Veranstaltungen mit allgemein bekanntem Vergaberhythmus der Fall. In solchen Situationen ist es gemäss Bundesgericht den interessierten Konkurrenten zuzumuten, dass sie sich bei den zuständigen Behörden rechtzeitig nach den Vergabemodalitäten

Bernhard Rütscbe
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

erkundigen⁸¹. In diesen Fällen ist eine öffentliche Ausschreibung demnach nicht zwingend erforderlich, um die Verfahrensrechte und den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität zu wahren.

- 82 Auch in den erwähnten Konstellationen, in denen eine bevorstehende Vergabe allgemein bekannt ist, könnte sich jedoch eine Ausschreibungspflicht aus dem **Binnenmarktgesetz** ergeben. So verlangt Art. 2 Abs. 7 BGBM, dass die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen hat. Ob diese Bestimmung auf Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch Anwendung findet, ist allerdings umstritten (Rz. 22). Das Kantonsgericht Luzern hat sich im Entscheid vom 21. Juli 2014 zur Ausschreibung von Marronistandplätzen in Anlehnung an die Lehre auf den Standpunkt gestellt, dass Art. 2 Abs. 7 BGBM auch auf die gesteigerte Nutzung öffentlicher Sachen anwendbar ist – zumindest wenn die Anbieter zur Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit darauf angewiesen sind⁸². Entsprechend stellt sich die Frage, ob die Bewerber ihre wirtschaftliche Tätigkeit nur mithilfe der Nutzung von öffentlichem Grund wahrnehmen können oder ob sie zumutbare Ausweichmöglichkeiten haben. Im letzteren Fall kommt die binnenmarktrechtliche Ausschreibungspflicht von vornherein nicht zur Anwendung.
- 83 Die **fünfte Gutachtensfrage** ist somit wie folgt zu beantworten: Die Vergabe von Nutzungsrechten auf öffentlichem Grund in einem offenen Verfahren setzt in der Regel zwingend eine öffentliche Ausschreibung voraus. Eine Ausnahme von der öffentlichen Ausschreibung kann dann gemacht werden, wenn – wie bei regelmässig wiederkehrenden Veranstaltungen – die bevorstehende Vergabe als allgemein bekannt vorausgesetzt werden kann. Vorbehalten bleibt die Ausschreibungspflicht nach Binnenmarktgesetz.

⁸¹ BGer, Urteil 2C_660/2011 vom 9. Februar 2012, E. 4.2 mit Verweis auf MOSER, 518.

⁸² Kantonsgericht Luzern, Urteil 7H 14 163 vom 21. Juli 2014, E. 3.5.

6. Umsetzbarkeit für den Luzerner Wochenmarkt

- 84 Die **sechste Gutachtensfrage** lautet: Welche der von Ihnen aufgezeigten Möglichkeiten erachten Sie als für den Luzerner Wochenmarkt umsetzbar?
- 85 Eine Möglichkeit, einem Nachfrageüberhang auf öffentlichem Grund zu begegnen, ist die **Erhöhung der Kapazitäten** durch Erweiterung des Marktperimeters oder Verdichtung des Marktes in Form einer Neuparzellierung der Standplätze. Eine solche Strategie stösst jedoch naturgemäss an Grenzen, da weder das Marktgelände beliebig erweitert noch die Standplätze beliebig verkleinert werden können. Auch ist zu bedenken, dass eine grössere Anzahl an Anbietern die Absatzmöglichkeiten pro Anbieter senkt, wenn sich die Nachfrage nicht im gleichen Masse erhöht. Grössere Kapazitäten können also im Ergebnis zu Absatz- sowie Existenzschwierigkeiten bei den Anbietern führen, was den Wochenmarkt längerfristig insgesamt gefährden könnte.
- 86 Soweit ein Nachfrageüberhang nicht mittels Erhöhung der Kapazitäten aufgefangen werden kann, sind die Marktstandplätze in einem **offenen Verfahren** zu vergeben (Rz. 62 ff.). Als Auswahlprinzipien kommen dabei aus rechtlichen Gründen einzig das Rotationsprinzip, der Kriterienwettbewerb, die Versteigerung oder der Losentscheid in Frage (Rz. 66 ff.).
- 87 Das **Rotationsprinzip** erscheint für die Vergabe von Marktstandplätzen in mehrerer Hinsicht unzweckmässig (vgl. Rz. 55). Erstens kann das Rotationsprinzip standortgebundenen Anbietern wie lokalen und regionalen Produzenten, die nur schwer auf andere Märkte ausweichen können, faktisch die Tätigkeit als Marktfahrer verunmöglichen. Zweitens wäre eine rechtsgleiche und für die Beteiligten akzeptable Umsetzung des Rotationsprinzips praktisch schwierig, müssten doch detaillierte Einsatzpläne für die einzelnen Standgrössen und Sortimentskategorien erarbeitet werden. Drittens kann mit dem Rotationsprinzip das Angebot auf dem Wochenmarkt nur beschränkt gesteuert und den sich wandelnden Publikumsinteressen nicht hinreichend Rechnung getragen werden, da die Marktstandplätze unter Umständen auf mehrere Jahre hinaus vergeben werden müssen, um allen geeigneten Bewerbern einen Standplatz zu verschaffen. Zudem müsste das Publikum einen regelmässigen Wechsel der Standbetreiber in Kauf nehmen.
- 88 Im Unterschied zum Rotationsprinzip ermöglicht ein **Kriterienwettbewerb** dem Gemeinwesen, das Angebot und den Charakter des Marktes, insbesondere Sortiment, Qualität und Herkunft der Produkte, entsprechend dem mutmasslichen Publikumsinteresse zu steuern (Rz. 56). Das Gemeinwesen hat es dabei in der Hand, als Grundlage der einzelnen Kriterien ein Leitbild zu entwerfen, das den gewünschten

Bernhard Rütscbe
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

Charakter des Marktes in allgemeiner Weise beschreibt. Von aussen betrachtet erscheint ein transparent durchgeführter Kriterienwettbewerb als faires Verfahren, das bei den Beteiligten und dem Publikum mit Akzeptanz rechnen kann, da die Auswahl der Bewerber nach sach- und leistungsbezogen Gesichtspunkten erfolgt. Für die Verwaltung sind die Konzeption eines Kriterienwettbewerbs sowie die Auswahl der Bewerber gemäss den Kriterien zwar mit relativ hohem Aufwand verbunden. Allerdings reduziert sich dieser Aufwand, wenn die Vergabe von Standplätzen nicht jedes Jahr, sondern in einem Mehrjahresrhythmus erfolgt; ein solcher Mehrjahresrhythmus ist schon aus Gründen des Vertrauensschutzes erforderlich (Rz. 69).

- 89 Ein Kriterienwettbewerb kann durch die Stadtverwaltung selber durchgeführt oder auch extern an eine **Jury** oder eine **private Vereinigung** delegiert werden. Eine Übertragung der Vergabe an eine verwaltungsexterne Stelle hat das Gesetzmässigkeitsprinzip zu beachten. Das bedeutet zum einen, dass die Übertragung einer Grundlage in einem formellen Gesetz, d.h. in einem Reglement der Stadt Luzern, bedarf (Erfordernis der Normstufe)⁸³. Zum anderen müssen die Kriterien und deren Gewichtung genügend präzise gefasst sein, damit die Auswahl der Bewerber in objektiv nachvollziehbarer Weise erfolgt. Zudem muss die Unabhängigkeit der externen Vergabestelle von den potenziellen Bewerbern gewährleistet sein. Aus diesem Grund kommt eine Übertragung der Vergabe von Marktstandplätzen an eine Vereinigung, welche die bestehenden Marktfahrer repräsentiert, nicht in Frage. Hingegen wäre die Einsetzung einer unabhängigen Jury durchaus eine Option.
- 90 Für die Auswahl von Marktstandplätzen lassen sich objektive, am mutmasslichen Publikumsinteresse ausgerichtete Kriterien hinsichtlich Vielfalt und Qualität des Angebots formulieren. Das **Anciennitätsprinzip**, die **Versteigerung** wie auch der **Losentscheid** fallen nur soweit in Betracht, als die Auswahl nach den definierten objektiven Kriterien zu keinem Ergebnis führt und zwischen mehreren Bewerbern mithin Gleichstand herrscht (Rz. 75 ff.). Diese Auswahlprinzipien sind somit nur in Kombination mit einem Kriterienwettbewerb und subsidiär zu diesem zulässig.
- 91 Mit Blick auf Konstellationen, in denen eine Auswahl nach objektiven Kriterien nicht (mehr) möglich ist, ist danach zu differenzieren, ob zwischen bisherigen und neuen

⁸³ Zum Erfordernis einer formellgesetzlichen Grundlage für die Übertragung von Verwaltungsaufgaben an Dritte BGE 138 I 196 E. 4.4.3 S. 201 sowie § 14 Abs. 1 KV. – Die Ermächtigung in Art. 5 Abs. 3 VNöG reicht insofern nicht aus, um die Durchführung eines Kriterienwettbewerbs an Dritte zu übertragen.

Bernhard Rütsche
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

Bewerbern oder ausschliesslich zwischen neuen Bewerbern Gleichstand herrscht. Soweit sich **bisherige und neue Bewerber** auf gleicher Höhe befinden, legt das mutmassliche Publikumsinteresse an personeller Kontinuität auf dem Markt einen Rückgriff auf das Anciennitätsprinzip nahe (vgl. Rz. 75). Geht es um eine Auswahl zwischen gleich guten **neuen Bewerbern**, spielt das erwähnte Publikumsinteresse dagegen keine Rolle. In solchen Fällen erscheinen sowohl die Wartezeit als auch das Los als faire Auswahlkriterien. Demgegenüber ist eine Versteigerung von Standplätzen zwischen neuen Bewerbern mit Nachteilen verbunden (vgl. Rz. 57 f.): Da Standplätze auf Wochenmärkten grundsätzlich nicht mit einem hohen wirtschaftlichen Ertragspotenzial verbunden sind, wären durch eine Versteigerung kaum relevante Einkünfte für die Stadt zu erwarten. Abgesehen davon bestünde die Gefahr, dass sich die Produkte auf dem Wochenmarkt verteuern, wenn Bewerber die Versteigerungssummen auf die Preise überwälzen. Zudem benachteiligen Versteigerungen Anbieter mit geringen finanziellen Möglichkeiten, was auch in den Augen des Publikums als ungerecht empfunden werden kann. Im Unterschied dazu sind die Kriterien der Wartezeit (Anciennitätsprinzip) bzw. des Zufalls (Losentscheid) in formaler Hinsicht neutral; sie wahren insofern die Chancengleichheit besser als Versteigerungen⁸⁴.

- 92 Die **sechste Gutachtensfrage** ist somit wie folgt zu beantworten: Im Fall eines Nachfrageüberhangs lässt sich für den Luzerner Wochenmarkt die Vergabe von Standplätzen am besten in Form eines Kriterienwettbewerbs umsetzen. Der Kriterienwettbewerb kann dabei durch die Stadtverwaltung selber oder durch eine unabhängige Jury durchgeführt werden. Ergibt sich aufgrund des Kriterienwettbewerbs ein Gleichstand von alten und neuen Bewerbern, empfiehlt sich eine Auswahl aufgrund des Anciennitätsprinzips; im Verhältnis zwischen neuen Bewerbern mit gleich attraktiven Angeboten bieten sich die Wartezeit oder das Los als Auswahlkriterien an.

⁸⁴ Losentscheide sind allerdings im Zusammenhang mit der Vergabe von Marroniständen auf öffentlichem Grund in der Stadt Luzern auf wenig Akzeptanz gestossen; vgl. den vom Grossen Stadtrat Luzern an der Ratssitzung vom 24. September 2015 als Postulat überwiesenen Bevölkerungsantrag Nr. 243 2012/2016 "Gegen die Verlosung von Marroniständen und -plätzen in der Stadt Luzern".

7. Ausschreibungspflicht für die Marktstandplätze

- 93 Die **siebte Gutachtensfrage** lautet: Müssen die Standplätze am Luzerner Wochenmarkt Ihrer Ansicht nach ausgeschrieben werden?
- 94 Wie vorne ausgeführt setzt die Vergabe von Nutzungsrechten auf öffentlichem Grund in einem offenen Verfahren zwingend eine öffentliche Ausschreibung voraus, ausser wenn die bevorstehende Vergabe als allgemein bekannt vorausgesetzt werden kann (Rz. 80 ff.). Soweit die Vergabe von Marktstandplätzen in einem bestimmten, für jedermann ersichtlichen Rhythmus stattfindet, ist somit eine **öffentliche Ausschreibung nicht zwingend erforderlich**. Entsprechend hat das Bundesgericht festgehalten: "Bei regelmässig stattfindenden Marktveranstaltungen (wie Wochenmärkten) ist es den an einem Standplatz interessierten Gewerbetreibenden zuzumuten, dass sie sich bei den zuständigen Behörden rechtzeitig nach den Bewilligungsmodalitäten – so u.a. auch darüber, wann Gesuche um Jahresbewilligungen anhängig gemacht werden müssen – erkundigen"⁸⁵.
- 95 Gemäss dem zitierten Bundesgerichtsentscheid ist das Gemeinwesen zwar nicht zwingend gehalten, die Vergabe von Marktstandplätzen öffentlich auszuschreiben. Das Gemeinwesen ist jedoch zwingend verpflichtet, Marktstandplätze in einem **offenen Verfahren** zuzuteilen (Rz. 62 ff.). Das bedeutet, dass die Behörde zumindest auf Anfrage von interessierten Bewerbern alle notwendigen Informationen zur Vergabe (Kriterien und Verfahren der Vergabe) rechtzeitig Auskunft geben muss (Rz. 48). Die Behörde hat mithin gegenüber potenziellen Betreibern von Marktständen eine Auskunftspflicht, jedoch keine Ausschreibungspflicht.
- 96 Fraglich ist, ob auf dem **Binnenmarktgesetz** eine Ausschreibungspflicht für Standplätze am Luzerner Wochenmarkt folgt. Die Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM ist indessen – wenn überhaupt – nur dann auf die gesteigerte Nutzung öffentlicher Sachen anwendbar, wenn die Anbieter zur Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit darauf angewiesen sind (Rz. 82). Was den Betrieb von Marktständen auf öffentlichem Grund betrifft, ist davon auszugehen, dass die Anbieter grundsätzlich über zumutbare Ausweichmöglichkeiten verfügen, um ihre Produkte zu verkaufen und zu vertreiben (z.B. Direktverkauf ab Hof, Lieferung an Detailhandel, Verkauf über das Internet). Dieser Umstand spricht gegen eine Anwendbarkeit von

⁸⁵ BGer, Urteil 2C_660/2011 vom 9. Februar 2012, E. 4.2 mit Verweis auf MOSER, 518.

Bernhard Rütsche
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

Art. 2 Abs. 7 BGBM und der darin verankerten Ausschreibungspflicht auf die Vergabe von Marktstandplätzen.

- 97 Für eine öffentliche Ausschreibung der Vergabe von Marktstandplätzen sprechen indessen Gründe der **Verfahrensfairness**. Mittels öffentlicher Ausschreibung kann weitgehend sichergestellt werden, dass alle interessierten Bewerber rechtzeitig von der geplanten Vergabe und den massgebenden Verfahrensregeln erfahren. Die Gerichte haben daraus jedoch bis anhin keine zwingende Ausschreibungspflicht abgeleitet.
- 98 Die **siebte Gutachtensfrage** ist somit wie folgt zu beantworten: Nach bisheriger Rechtsprechung ist eine öffentliche Ausschreibung für die Vergabe von Marktstandplätzen zwar möglich, jedoch nicht zwingend erforderlich. Zwingend ist hingegen die Durchführung eines offenen Verfahrens.

8. Umfang und Rhythmus der Vergabe von Marktstandplätzen

- 99 Die **achte Gutachtensfrage** lautet: Falls ja, müssen sämtliche Standplätze ausgeschrieben werden? Oder genügt es den rechtlichen Anforderungen, jeweils die durch Abgang freiwerdenden Plätze auszuschreiben?
- 100 Wie die Ausführungen zu Frage 7 ergeben haben, müssen die Standplätze am Luzerner Wochenmarkt zwar nicht öffentlich ausgeschrieben, jedoch in einem offenen Verfahren vergeben werden (Rz. 98). Das bedeutet, dass jeder interessierte Anbieter die Möglichkeit haben muss, sich um einen Standplatz zu bewerben (Rz. 47). Dies gilt in Bezug auf **sämtliche Standplätze** auf dem Wochenmarkt. Es wäre mit der Wirtschaftsfreiheit und den Verfahrensgrundrechten nicht vereinbar, einzelne Standplätze vom offenen Vergabeverfahren auszunehmen (Rz. 62 ff.). Ebenso wäre es unzulässig, jeweils nur die durch Abgang freiwerdenden Plätze neu zu vergeben. Dies würde auf das Anciennitätsprinzip hinauslaufen, welches den rechtlichen Anforderungen nicht genügt (Rz. 68 ff.). Dabei wäre es auch rechtswidrig, das Anciennitätsprinzip nur für einzelne Standplätze zur Anwendung zu bringen.
- 101 Das Gesagte bedeutet jedoch nicht, dass alle Marktstandplätze gleichzeitig vergeben werden müssen. Es ist denkbar, auf dem Wochenmarkt **einzelne Lose** zu bilden, welche zu unterschiedlichen Zeitpunkten neu vergeben werden. Die Lose könnten nach Standort, Grösse oder Sortiment der Marktstände festgelegt werden. Solange bei Ablauf der Bewilligungen ein offenes Vergabeverfahren erfolgt, wäre ein solches

Bernhard Rütscbe
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

(gestaffeltes) Vorgehen zulässig und mit der Wirtschaftsfreiheit und dem Anspruch auf rechtliches Gehör vereinbar.

- 102 In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, in welchem Rhythmus die Vergabe der Standplätze bzw. der einzelnen Lose zu erfolgen hat. Der Vergaberhythmus hängt von der **Dauer der Bewilligung für den gesteigerten Gemeingebrauch** ab. In der Stadt Luzern werden die Bewilligungen, abgesehen von den Temporärbewilligungen, gegenwärtig für die Dauer von einem Jahr vergeben⁸⁶. Es fragt sich, ob diese relativ kurze Bewilligungsdauer rechtskonform bzw. zweckmässig ist, wenn die Bewilligungen nicht – wie nach bisheriger Praxis – gemäss dem Anciennitätsprinzip grundsätzlich automatisch erneuert, sondern in einem offenen Verfahren jeweils neu vergeben werden.
- 103 Bei der Ausgestaltung der Bewilligungsdauer sind zwei Interessenspositionen zu berücksichtigen: Zum einen spricht der **Vertrauensschutz** der bisherigen Standplatzbetreiber für eine längere Bewilligungsdauer; gerade weil aus dem Vertrauensschutz kein Anspruch auf Erneuerung von Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch folgt, ist die Laufzeit solcher Bewilligungen so zu bemessen, dass sich die fragliche Tätigkeit in Anbetracht der dafür erforderlichen Investitionen und Dispositionen wirtschaftlich lohnen kann (Rz. 69). Zum anderen verlangt der Grundsatz der **Gleichbehandlung der Konkurrenten**, dass die Chancen potenzieller Anbieter, in den Markt hineinzukommen, gewahrt bleiben. Dies verlangt eine zeitliche Befristung der Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch. Unbefristete Bewilligungen würden demgegenüber das Gleichbehandlungsgebot aushöhlen und wären somit unzulässig; die Rücksichtnahme auf bisherige Bewilligungsinhaber darf nicht dazu führen, dass der Ausschluss anderer Konkurrenten auf unabsehbare Zeit hinaus von der Bewilligungsbehörde zementiert wird⁸⁷. Im Übrigen würde sich das Gemeinwesen durch das Einräumen "ewiger" Nutzungsrechte in unzulässiger Weise seiner Hoheit entäussern⁸⁸.
- 104 Zur Bestimmung einer Bewilligungsdauer, die den erwähnten Interessenspositionen hinreichend Rechnung trägt, ist ein Vergleich mit der Luzerner Praxis in ähnlichen Bereichen hilfreich. So befand das Kantonsgericht Luzern in Bezug auf die Bewilli-

⁸⁶ Vgl. Verwaltungsgericht Luzern, Urteil V 11 93 vom 3. August 2011, E. 7a.

⁸⁷ BGE 108 Ia 135 E. 5a S. 139.

⁸⁸ BGer, Urteil 2P.315/2005 vom 18. Mai 2006, E. 3.3 mit weiteren Hinweisen; Verwaltungsgericht Luzern, Urteil P 03 1 vom 28. September 2005 (LGVE 2006 II Nr. 39), E. 5g; Kantonsgericht Luzern, Urteil 7R 14 2 vom 17. Juni 2015, E. 9.2. – Art. 4 Abs. 3 RNöG verlangt ebenfalls, dass Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch befristet werden.

Bernhard Rütsche
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

gung für das **Aufstellen von Marroniständen** angesichts der konkreten Verhältnisse des betroffenen Gewerbes, dass eine auf drei Saisons beschränkte Bewilligungsdauer nicht zu beanstanden sei⁸⁹. In Bezug auf **Taxibetriebsbewilligungen** kam das Kantonsgericht Luzern angesichts der Tatsache, dass Investitionen der Taxibetriebe in ihre Fahrzeuge nach drei Jahren amortisiert sein dürften, zum Schluss, dass eine Befristung der Bewilligungen auf fünf Jahre verhältnismässig ist⁹⁰.

- 105 Das blosse **Betreiben eines Marktstandplatzes** als solches dürfte nicht sehr kostenintensiv sein. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Standbetreiber neben der Bewilligung und der eigentlichen Standinfrastruktur eine entsprechende Logistik benötigen, allenfalls Personal einstellen und Verträge mit Zulieferern abschliessen müssen. Im Fall des sehr heterogen strukturierten Luzerner Wochenmarktes ist davon auszugehen, dass bei kleineren Standbetreibern der Investitionsaufwand bzw. die Amortisationsdauer in etwa ähnlich wie bei einem Marronistand sein dürften, angesichts des nicht-saisonalen Betriebs teilweise sogar geringer. Bei grösseren Standbetreibern mit logistisch und organisatorisch komplexeren Geschäftsmodellen dürfte von einem grösseren Investitionsaufwand und entsprechend von einer längeren Amortisationsdauer auszugehen sein. Gestützt auf diese Sachverhaltsannahmen, die im Einzelnen von den zuständigen Behörden zu verifizieren sind, erscheint insgesamt eine Bewilligungsdauer von drei bis höchstens fünf Jahren als vertretbar. Dies würde sämtlichen Marktteilnehmenden eine gewisse Planungs- und Investitionssicherheit bieten. Weitere Differenzierungen der Bewilligungsdauer nach den getätigten Investitionen und der voraussichtlichen Amortisationsdauer wären zwar sachlich angebracht, aber kaum praktikabel. Eine gewisse Typisierung erscheint nicht zuletzt auch zur Eindämmung des Verwaltungsaufwandes unumgänglich⁹¹.
- 106 Die **achte Gutachtensfrage** ist somit wie folgt zu beantworten: Auf dem Wochenmarkt müssen sämtliche Standplätze regelmässig in einem offenen Verfahren neu vergeben werden. Dabei können einzelne Lose nach Standort, Grösse oder Sortiment der Marktstände gebildet und zu unterschiedlichen Zeitpunkten vergeben werden. Die Bewilligungen für Standplätze sind zu befristen, wobei zur Wahrung des Vertrauensschutzes der Bewilligungsinhaber und der Chancengleichheit der Konkurrenten eine Dauer von drei bis fünf Jahren als angemessen erscheint. Der Rhythmus der Standplatzvergabe hat sich an der Bewilligungsdauer auszurichten.

⁸⁹ Kantonsgericht Luzern, Urteil 7H 14 163 vom 21. Juli 2014, E. 5.2.4.

⁹⁰ Vgl. Kantonsgericht Luzern, Urteil 7R 14 2 vom 17. Juni 2015, E. 9.2.

⁹¹ Dazu OESCH, 87 ff.

9. Modalitäten der Bewerbung

- 107 Die **neunte Gutachtensfrage** lautet: Ist es rechtlich zulässig, nur die neuen Wochenmarktteilnehmenden dem ausführlichen Auswahlverfahren zu unterwerfen, wie es für die öffentliche Ausschreibung entworfen worden ist, die Bisherigen jedoch jeweils für ihre neue Jahresbewilligung lediglich die Personalien und Angaben zum Warenangebot ausfüllen zu lassen?
- 108 Eine Praxis, wonach die bisherigen Standplatzbetreiber für die Erneuerung ihrer Bewilligungen lediglich die Personalien angeben und Auskunft zum Warenangebot erteilen müssen, läuft auf eine **automatische Erteilung von Bewilligungen** für bestimmte Bewerber – d.h. auf ein geschlossenes Vergabeverfahren – hinaus. Eine solche, bisherige Standplatzbetreiber systematisch privilegierende Vergabepaxis würde dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität und dem Gleichbehandlungsgebot sowie den Verfahrensgrundrechten potenzieller Bewerber zuwiderlaufen (zur Unzulässigkeit geschlossener Verfahren Rz. 62 ff.).
- 109 Die **neunte Gutachtensfrage** ist somit wie folgt zu beantworten: Es ist rechtlich unzulässig, nur die neuen Bewerber dem ausführlichen Auswahlverfahren zu unterwerfen und die bisherigen Standplatzbetreiber davon auszunehmen.

10. Alternativen zu einer öffentlichen Ausschreibung

- 110 Die **zehnte Gutachtensfrage** lautet: Gibt es neben der Perimeter-Erweiterung Möglichkeiten, abgewandelte Verfahren oder besteht Ermessensspielraum, um eine öffentliche Ausschreibung zu verhindern oder zumindest ihre Konsequenzen für den bewährten Wochenmarkt möglichst gering zu halten, ohne mit den verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Grundlagen in Konflikt zu geraten? Stellt die Alternativskizze eines zweistufigen, die bestehenden Marktpartner bevorzugenden, für interessierte Bewerber jedoch inhaltlich identischen Qualifikationsverfahrens (Zuschlags- und Eignungskriterien) einen gangbaren Weg dar?
- 111 Rechtliche Möglichkeiten, eine offene Vergabe von Standplätzen bei Erneuerung der Bewilligungen zu vermeiden, gibt es nicht (Rz. 62 ff.). Ebenso wenig ist das Anciennitätsprinzip als primäres Auswahlprinzip mit übergeordnetem Recht vereinbar (Rz. 68 ff.). Die Konsequenzen einer offenen Zuteilung von Standplätzen für den bewährten Wochenmarkt lassen sich nur indirekt durch entsprechende **Ausgestaltung der Vergabekriterien** abmildern. Das Gemeinwesen hat die Möglichkeit, die Ange-

Bernhard Rütsche
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

botsstruktur auf öffentlichem Grund, beispielsweise auf der Grundlage eines Marktleitbildes, mit Blick auf das mutmassliche Publikumsinteresse zu steuern. Es steht dem Gemeinwesen namentlich frei zu bestimmen, welche Produkte in welchem Ausmass und welcher Verteilung angeboten werden sollen. Ebenso kann das Gemeinwesen bestimmte Produktionsstandorte (z.B. lokale oder regionale Produktion) oder Produktionsweisen (z.B. Bioproduktion, umweltfreundliche und tierschonende Produktion etc.) bei den Vergabekriterien berücksichtigen, soweit ein sachlicher Zusammenhang zum Publikumsinteresse besteht (Rz. 88). Mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz unvereinbar ist jedoch eine Bevorzugung bestimmter Standplatzbetreiber an sich, nur weil sie bereits bisher auf dem Markt waren; die Vergabekriterien müssen sach- und leistungsbezogen ausgestaltet sein (Rz. 71). Erst wenn eine Vergabe nach solchen objektiven Kriterien zu keinem Ergebnis führt, können die Standplätze mit Blick auf das mutmassliche Publikumsinteresse an personeller Kontinuität im Sinne des Anciennitätsprinzips weiterhin den bisherigen Standplatzbetreibern zugeteilt werden (Rz. 75).

- 112 Die **zehnte Gutachtensfrage** ist somit wie folgt zu beantworten: Eine Möglichkeit, die Konsequenzen für den bewährten Wochenmarkt auf rechtskonforme Weise möglichst gering zu halten, besteht – neben einer Erhöhung der Kapazitäten – darin, die Vergabekriterien entsprechend dem mutmasslichen Publikumsinteresse auszugestalten und auf diese Weise das Angebot und den Charakter des Marktes zu steuern. Unzulässig wäre es jedoch, die Standplätze ohne Kriterienwettbewerb im Sinne des Anciennitätsprinzips an bisherige Standplatzbetreiber zu vergeben.

11. Rechtliche Risiken einer Fortführung der bisherigen Praxis

- 113 Die **elfte Gutachtensfrage** lautet: Welches Risiko geht die Stadt Luzern ein, wenn sie die Standplätze am Luzerner Wochenmarkt weiterhin nach dem heutigen System vergibt?
- 114 Das Verwaltungsgericht Luzern hat in seinem Urteil vom 3. August 2011 zum Luzerner Wochenmarkt ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es sich bei der jetzigen Vergabepaxis um einen **vorübergehenden Zustand** handelt, und deutlich gemacht, dass die Bewilligungsbehörde ein allfälliges erneutes Gesuch der Beschwer-

Bernhard Rütscbe
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

deführerin nach den Vorgaben des Gerichts zu prüfen haben wird⁹². Das Bundesgericht hat die Erwägungen der Vorinstanz bestätigt und ausdrücklich festgestellt, dass "das Verwaltungsgericht durch seine Anordnungen für die künftigen Perioden Vorsorge für eine rechtsgleiche und wettbewerbsneutrale Behandlung der Gesuchsteller getroffen" hat⁹³.

- 115 Vor diesem Hintergrund ist das Risiko, dass erneute **Beschwerden abgewiesener Standplatzbewerber** vom Kantonsgericht und später vom Bundesgericht gutgeheissen werden, als sehr gross einzustufen. Dies hätte für die Stadt Luzern auch zur Folge, dass sie die anfallenden Verfahrenskosten, d.h. die amtlichen Kosten und allfällige Parteientschädigungen, tragen müsste⁹⁴.
- 116 Auf institutioneller Ebene wäre zudem eine **Aufsichtsbeschwerde** gegen die kommunalen Behörden wegen unberechtigten Verweigerns oder Verzögerns einer Amtshandlung denkbar (§ 180 Abs. 2 lit. b VRG)⁹⁵. Beschwerdeberechtigt wären all jene, die in ihren persönlichen, schützenswerten Interessen beeinträchtigt sind (§ 182 VRG), wobei die Aufsichtsbeschwerde gegenüber Entscheiden, die sich durch ein Rechtsmittel anfechten lassen, unzulässig ist (§ 181 Abs. 1 VRG). Die für die Beschwerde zuständige kantonale Aufsichtsbehörde könnte der Beschwerdebeklagten bei grobem Verschulden die Verfahrenskosten und eine Ordnungsbusse bis zu CHF 2'000 auferlegen (§ 186 f. VRG).
- 117 Ein aufsichtsrechtliches Einschreiten des Kantons gegenüber den kommunalen Behörden wäre auch gestützt auf Art. 70 Abs. 1 BGG denkbar, wonach bundesgerichtliche Beschwerdeentscheide von den Kantonen in gleicher Weise vollstreckt werden müssen wie die rechtskräftigen Urteile ihrer eigenen Gerichte. Bei mangelhafter Vollstreckung durch den Kanton wäre eine **Beschwerde an den Bundesrat** möglich, welcher die erforderlichen aufsichtsrechtlichen Massnahmen treffen müsste (Art. 70 Abs. 4 BGG).

⁹² Verwaltungsgericht, Urteil V 11 93 vom 3. August 2011, E. 8b mit Verweis auf E. 7.

⁹³ BGer, Urteil 2C_660/2011, E. 4.2.

⁹⁴ Vgl. § 198 Abs. 1 lit. c, § 199 Abs. 3 und § 201 Abs. 2 VRG.

⁹⁵ Der Regierungsrat des Kantons Luzern hatte bereits am 20. August 2013 eine Aufsichtsbeschwerde gegen den Stadtrat Luzern betreffend die Vergabepaxis am Wochenmarkt zu beurteilen. Der Regierungsrat legte dabei dem Stadtrat nahe, das Projekt zur Ausschreibung des Luzerner Wochenmarkts ohne weitere Verzögerung an die Hand zu nehmen.

Bernhard Rütsche
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

- 118 Die **elfte Gutachtensfrage** ist somit wie folgt zu beantworten: Falls die Stadt Luzern die Standplätze am Luzerner Wochenmarkt weiterhin nach dem heutigen System vergibt, geht sie ein hohes Risiko ein, dass Beschwerden betroffener Personen an die zuständigen Gerichte und Aufsichtsbehörden gutgeheissen werden.

12. Privilegierung der bisherigen Wochenmarktteilnehmenden

- 119 Die **zwölfte Gutachtensfrage** lautet: Lässt es sich vor dem Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden rechtfertigen, ihre Standplätze an den besseren Lagen den immer selben, traditionell verankerten, bewährten Wochenmarktteilnehmenden zu belassen und neuen die Plätze an den weniger attraktiven Orten zuzuteilen?
- 120 Eine systematische Zuteilung von weniger attraktiven Marktstandplätzen an die neuen Bewerber käme einer **wettbewerbsverzerrenden Ungleichbehandlung** direkter Konkurrenten gleich, ohne dass dafür gewichtige öffentliche Interessen erkennbar sind (vgl. Rz. 16). Eine solche Praxis würde folglich gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität und das Gleichbehandlungsgebot verstossen.
- 121 Die **zwölfte Gutachtensfrage** ist somit wie folgt zu beantworten: Es wäre rechtlich unzulässig, die Standplätze an den besseren Lagen den bisherigen Standplatzbetreibern zu belassen und neuen Bewerbern die Plätze an den weniger attraktiven Orten zuzuteilen.

13. Konsequenzen einer Rechtsverzögerung oder Rechtsverweigerung

- 122 Die **dreizehnte Gutachtensfrage** lautet: Falls zu Frage 11 Rechtsverzögerung oder gar Rechtsverweigerung angenommen werden muss, welche Konsequenzen hätte dies für die Stadt Luzern?
- 123 Es besteht kein Zweifel daran, dass die Stadt Luzern verpflichtet ist, die rechtskräftigen Urteile des Verwaltungsgerichts (heute Kantonsgericht) und des Bundesgerichts umzusetzen (Rz. 114 ff.). Würde die Bewilligungsbehörde der Stadt Luzern die Standplätze am Luzerner Wochenmarkt auch künftig nach dem bisherigen System vergeben, käme dies einer **Missachtung von Gerichtsurteilen** gleich. Damit würden die städtischen Behörden nicht nur gegen den Grundsatz verstossen, dass Gemeinden an das übergeordnete Recht von Bund und Kantonen gebunden sind, sondern

Bernhard Rütscbe
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

auch gegen das Prinzip, wonach Gerichtsurteile für die betroffenen Parteien und Vorinstanzen verbindlich sind und volltreckt werden müssen⁹⁶.

- 124 Auf **kantonomer Ebene** üben der Regierungsrat sowie die von ihm bezeichneten Dienststellen die Aufsicht über die Gemeinden aus (§ 104 GG). Der Regierungsrat kann die vom Gemeindegesez bezeichneter aufsichtsrechtlicher Massnahmen ergreifen, wenn eine Gemeinde die Mindestanforderungen nicht erfüllt (§ 103 GG). Zu den Mindestanforderungen gehören u.a. "rechtsstaatlich und verwaltungstechnisch korrekte Verwaltungsabläufe" (§ 5 Abs. 2 lit. b GG). Eine Missachtung von verbindlichen Gerichtsurteilen durch eine Gemeinde ist als rechtsstaatlich nicht korrekter Verwaltungsablauf im Sinne dieser Bestimmung zu qualifizieren und kann damit aufsichtsrechtliche Massnahmen durch den Regierungsrat nach sich ziehen. Zu solchen Massnahmen gehören neben Weisungen an ein Gemeindeorgan die ersatzweise Anordnung eines Beschlusses oder einer Handlung eines Gemeindeorgans, die Amtsenthebung sowie, als ultima ratio, der Entzug der Selbstverwaltung und die Einsetzung einer kantonalen Verwaltung, deren Aufgaben vom Regierungsrat umschrieben werden (§ 103 Abs. 2 GG). Im Sinne der Verhältnismässigkeit wären solche Massnahmen vorgängig anzudrohen und mit einer angemessenen Erfüllungsfrist zu verbinden.
- 125 Auf **Bundesebene** sorgt der Bundesrat für die Einhaltung des Bundesrechts und trifft die dafür erforderlichen Massnahmen (Art. 186 Abs. 4 BV). Insbesondere ist der Bundesrat für die Vollstreckung von Urteilen richterlicher Behörden des Bundes zuständig (Art. 182 Abs. 2 BV, Art. 70 Abs. 4 BGG). Unterlässt es ein Kanton, ein Urteil des Bundesgerichts zu vollstrecken, kann der Bundesrat dies beanstanden. Zwangsmassnahmen zur Durchsetzung des Bundesrechts gegenüber Kantonen (sog. Bundesexekution) sind theoretisch möglich, jedoch in der Praxis kaum je erforderlich⁹⁷. Der Bundesrat würde sich wohl darauf beschränken, den Regierungsrat des Kantons Luzern anzumahnen, sollte dieser seine Aufsichtspflichten nicht wahrnehmen.
- 126 Die **dreizehnte Gutachtenfrage** ist somit wie folgt zu beantworten: Im Fall einer Rechtsverzögerung oder Rechtsverweigerung drohen der Stadt Luzern aufsichtsrechtliche Zwangsmassnahmen seitens des Regierungsrats.

⁹⁶ Vgl. nur Art. 70 Abs. 1 BGG, wonach bundesgerichtliche Beschwerdeentscheide in gleicher Weise volltreckt werden müssen wie rechtskräftige kantonale Urteile. Sodann namentlich KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, Rz. 1702 ff.

⁹⁷ HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 1226, insbesondere 1237, wonach der Bund, soweit ersichtlich, noch nie zur Ersatzvornahme greifen musste.

14. Ausschreibungen für unterschiedliche Nutzungsarten

- 127 Die **vierzehnte Gutachtensfrage** lautet: Gestützt auf das neue Reglement über das Taxiwesen werden künftig die Nutzungsrechte für die Standplätze auf öffentlichem Grund öffentlich ausgeschrieben. Lässt es sich unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung rechtfertigen, nur gewisse Nutzende von öffentlichem Grund zu wirtschaftlichen Zwecken einer öffentlichen Ausschreibung "auszusetzen", andere hingegen damit zu "verschonen"?
- 128 Jede Nutzung von öffentlichem Grund zu wirtschaftlichen Zwecken, ob es nun um Standplätze für den Wochenmarkt oder das Taxigewerbe geht, ist rechtlich gesondert zu beurteilen. Weder aus der Wirtschaftsfreiheit noch aus anderen Verfassungsgarantien folgt ein Gebot, **verschiedene Nutzungsarten** in verfahrensrechtlicher Hinsicht gleich zu behandeln. Dies umso mehr, als Standplatzbetreiber auf Wochenmärkten und Taxifahrer in unterschiedlichen Märkten tätig und somit keine (direkten) Konkurrenten sind. Die Tatsache, dass Taxibetriebsbewilligungen nach geltendem Recht der Stadt Luzern alle fünf Jahre öffentlich ausgeschrieben werden müssen⁹⁸, ist für die Frage, ob Standplätze am Luzerner Wochenmarkt auszuschreiben sind, rechtlich somit nicht von Bedeutung.
- 129 Die **vierzehnte Gutachtensfrage** ist somit wie folgt zu beantworten: Die verschiedenen Arten der Nutzung von öffentlichem Grund zu wirtschaftlichen Zwecken – insbesondere der Betrieb von Marktständen und die Ausübung des Taxigewerbes – sind rechtlich gesondert zu beurteilen; es gibt kein Gebot, verschiedene Nutzungsarten in Bezug auf die Frage der Ausschreibung gleich zu behandeln.

⁹⁸ Art. 5 des Reglements vom 25. September 2014 über das Taxiwesen der Stadt Luzern (Nr. 6.2.1.1.1).

15. Vergleich mit Marktordnungen anderer Gemeinden

- 130 Die **fünftezehnte Gutachtensfrage** lautet: Andere Gemeinden in der Schweiz können eine Bewilligung verweigern, wenn die Platzverhältnisse eine zusätzliche Belegung nicht zulassen, und basieren den Marktbetrieb bei gleichwertigen Marktständen nach dem Wartelistenprinzip. Das Interesse muss jedes Jahr erneuert werden. Inwieweit stellen diese pragmatisch ausgerichteten Grundlagen eine gesetzeskonforme Alternative zum geforderten "offenen Verfahren" dar?
- 131 Die Marktordnungen bestimmter anderer Gemeinden sehen wie die Stadt Luzern vor, dass die Teilnahme an Märkten als Standplatzbetreiber bewilligungspflichtig ist. Die Bewilligungen werden in der Regel für eine Saison oder für den betreffenden Markttag erteilt. Sie sind persönlich und nicht übertragbar. Bewilligungen von bestehenden Standplatzinhabern werden erneuert, sofern keine Verweigerungsgründe gegeben sind und die Örtlichkeit weiterhin zur Verfügung steht. Verweigerungsgründe sind namentlich dann gegeben, wenn der Bewerber keine Gewähr für eine vorschriftsgemässe Markttätigkeit bietet, die Platzverhältnisse eine zusätzliche Belegung nicht zulassen oder der Bewerber während der vergangenen Saison an mehr als der Hälfte der Markttag dem Markt ferngeblieben ist. In Marktordnungen anderer Gemeinden sind zudem die Kriterien für die Zuteilung von Standplätzen geregelt. Demnach ist vorausgesetzt, dass der Bewerber Gewähr für eine ordnungsgemässe Geschäftsführung bietet und das Marktangebot geeignet ist, die Marktattraktivität für das Publikum zu fördern, etwa dank regionaler und biologischer Produkte. Bei **gleichwertigen Marktständen** wird das Wartelistenprinzip angewendet.
- 132 Für den Fall, dass **mehr vergleichbare Gesuche vorliegen als Standplätze zur Verfügung stehen**, sehen andere Marktordnungen vor, dass die Bewilligungsbehörde eine Warteliste führt. Neben dem Zeitpunkt des Gesuchseingangs sind dabei die Platzverhältnisse sowie ein ausgewogenes Warensortiment zu beachten. In der Anmeldung für die Warteliste sind zusätzlich zur Sortimentskategorie und Standplatzgrösse die verschiedenen gewünschten Marktstandorte anzugeben. Das Interesse, auf einer Warteliste eingetragen zu werden, muss jedes Jahr erneuert werden. Darüber hinaus findet sich die Regel, dass im Rahmen einer Betriebsnachfolge auf Gesuch hin die Bewilligung an ein anderes Familienmitglied oder eine langjährig angestellte Person ausgestellt werden kann.
- 133 Gemäss den dargestellten Regelungen in den Marktordnungen anderer Gemeinden erfolgt bei einem Nachfrageüberhang die Erteilung von Bewilligungen für Marktstandplätze nach dem **Anciennitätsprinzip**. Das Anciennitätsprinzip kommt dabei in zweifacher Hinsicht zum Tragen: zum einen im Verhältnis zwischen bisherigen Stand-

Bernhard Rütse
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

platzbetreibern und aussenstehenden Bewerbern (Grundsatz des Status quo: Erneuerung der Bewilligung, sofern keine Verweigerungsgründe gegeben sind und die Örtlichkeit weiterhin zur Verfügung steht), zum einen als subsidiäres Auswahlkriterium im Verhältnis zwischen aussenstehenden Bewerbern mit gleich attraktivem Angebot (Wartelistenprinzip). Der Grundsatz des Status quo bedeutet, dass aussenstehende Bewerber keine Chance auf Zuteilung eines Standplatzes haben, solange bei gleichbleibendem Platzangebot bisherige Bewilligungsinhaber nicht auf ihre Standplätze verzichten bzw. ihnen die Bewilligung nicht ausnahmsweise verweigert wird. Im Ergebnis führt dies zu einer systematischen Bevorzugung der bisherigen Bewilligungsinhaber und ist deshalb mit der Wirtschaftsfreiheit nicht vereinbar (Rz. 68 ff). Hingegen ist es zulässig, im Verhältnis zwischen gleichwertigen Neubewerbern das Wartelistenprinzip als subsidiäres Auswahlkriterium anzuwenden (Rz. 75, 91).

- 134 Die **fünfzehnte Gutachtensfrage** ist somit wie folgt zu beantworten: Nach den Marktordnungen anderer Gemeinden erfolgt die Vergabe von Marktstandplätzen im Verhältnis zwischen bisherigen Standplatzbetreibern und aussenstehenden Bewerbern nach dem Anciennitätsprinzip; dies ist mit der Wirtschaftsfreiheit nicht vereinbar. Hingegen ist das von anderen Marktordnungen vorgesehene Wartelistenprinzip im Verhältnis zwischen gleichwertigen Neubewerbern zulässig.

16. Ergebnisse

135 Aufgrund der vorstehenden Ausführungen sind die Gutachtensfragen wie folgt zu beantworten:

- **Frage 1:** Die Stadt Luzern hat bei der Vergabe von Standplätzen auf öffentlichem Grund im Rahmen des gesteigerten Gemeingebrauchs zu wirtschaftlichen Zwecken die aus der Wirtschaftsfreiheit, dem rechtlichen Gehör, dem Binnenmarktgesetz sowie den kantonalen und kommunalen Rechtsgrundlagen fließenden Grundsätze zu beachten. Im Zentrum stehen die Grundsätze der Wettbewerbsneutralität und der Gleichbehandlung von Konkurrenten, welche ein offenes und transparentes, nach sachlichen Kriterien durchgeführtes Vergabeverfahren verlangen. Dasselbe lässt sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ableiten, auf welchen sich alle von einem Verfahren betroffenen Personen berufen können. Sodann sprechen gute Gründe dafür, die im Binnenmarktgesetz verankerte Ausschreibungspflicht auf die Vergabe von Nutzungsrechten auf öffentlichem Grund anzuwenden, sofern Private zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit auf diese Nutzungsrechte angewiesen sind.
- **Frage 2:** Die beiden Urteile des Kantonsgerichts Luzern sowie das Bundesgerichtsurteil betreffend die Vergabe von Standplätzen auf öffentlichem Grund haben für die Stadt Luzern und andere Gemeinden zentrale Bedeutung. Die von den Gerichten entwickelten Vergabegrundsätze sind aufgrund ihres allgemeinen Charakters auf weitere Sachverhalte übertragbar und damit für die Vergabe von Standplätzen auf dem Luzerner Wochenmarkt richtungweisend. Der Stadt Luzern und anderen Gemeinden steht es nicht zu, ausserhalb der ihnen eingeräumten Beurteilungs- und Ermessensspielräume von diesen Gerichtsurteilen abzuweichen.
- **Frage 3:** Einem Nachfrageüberhang nach öffentlichem Grund zu wirtschaftlichen Zwecken kann entweder mittels Erhöhung der vorhandenen Kapazitäten oder durch Auswahl der interessierten Bewerber begegnet werden. Bei der Auswahl der Bewerber hat das Gemeinwesen unterschiedliche öffentliche und private Interessen zu beachten und gegeneinander abzuwägen. Das Gemeinwesen verfügt dabei über einen grossen Ermessensspielraum. Zu den involvierten Interessen gehört insbesondere das mutmassliche Publikumsinteresse, das dem Gemeinwesen eine gewisse, an der Nachfrage orientierte Steuerung des Angebots auf öffentlichem Grund erlaubt. Was das

Verfahren betrifft, ist zwischen offenen und geschlossenen Verfahren zu unterscheiden. Bei den offenen Verfahren sind folgende Auswahlprinzipien denkbar: Windhundprinzip, Anciennitätsprinzip, Rotationsprinzip, Kriterienwettbewerb, Versteigerung sowie Losentscheid.

- **Frage 4:** Geschlossene Verfahren sind im Fall eines (potenziellen) Nachfrageüberhangs für die Vergabe von Marktstandplätzen rechtswidrig. Was offene Verfahren betrifft, ist es rechtswidrig, Standplätze primär nach dem Windhundprinzip oder Anciennitätsprinzip zu vergeben. Mit übergeordnetem Recht vereinbar sind hingegen die Vergabe nach dem Rotationsprinzip und der Kriterienwettbewerb. Für den Fall, dass aufgrund eines Kriterienwettbewerbs wegen Gleichstands von Bewerbern keine Auswahl getroffen werden kann, können das Anciennitätsprinzip, Versteigerungen sowie Losentscheidungen als sekundäre Auswahlprinzipien zur Anwendung kommen. Vorausgesetzt ist dabei, dass der Kriterienkatalog genügend breit und differenziert ist, damit neue Bewerber eine reale Chance auf einen Markteintritt haben.
- **Frage 5:** Die Vergabe von Nutzungsrechten auf öffentlichem Grund in einem offenen Verfahren setzt in der Regel zwingend eine öffentliche Ausschreibung voraus. Eine Ausnahme von der öffentlichen Ausschreibung kann dann gemacht werden, wenn – wie bei regelmässig wiederkehrenden Veranstaltungen – die bevorstehende Vergabe als allgemein bekannt vorausgesetzt werden kann. Vorbehalten bleibt die Ausschreibungspflicht nach Binnenmarktgesetz.
- **Frage 6:** Im Fall eines Nachfrageüberhangs lässt sich für den Luzerner Wochenmarkt die Vergabe von Standplätzen am besten in Form eines Kriterienwettbewerbs umsetzen. Der Kriterienwettbewerb kann dabei durch die Stadtverwaltung selber oder durch eine unabhängige Jury durchgeführt werden. Ergibt sich aufgrund des Kriterienwettbewerbs ein Gleichstand von alten und neuen Bewerbern, empfiehlt sich eine Auswahl aufgrund des Anciennitätsprinzips; im Verhältnis zwischen neuen Bewerbern mit gleich attraktiven Angeboten bieten sich die Wartezeit oder das Los als Auswahlkriterien an.
- **Frage 7:** Nach bisheriger Rechtsprechung ist eine öffentliche Ausschreibung für die Vergabe von Marktstandplätzen zwar möglich, jedoch nicht zwingend erforderlich. Zwingend ist hingegen die Durchführung eines offenen Verfahrens.

- **Frage 8:** Auf dem Wochenmarkt müssen sämtliche Standplätze regelmässig in einem offenen Verfahren neu vergeben werden. Dabei können einzelne Lose nach Standort, Grösse oder Sortiment der Marktstände gebildet und zu unterschiedlichen Zeitpunkten vergeben werden. Die Bewilligungen für Standplätze sind zu befristen, wobei zur Wahrung des Vertrauensschutzes der Bewilligungsinhaber und der Chancengleichheit der Konkurrenten eine Dauer von drei bis fünf Jahren als angemessen erscheint. Der Rhythmus der Standplatzvergabe hat sich an der Bewilligungsdauer auszurichten.
- **Frage 9:** Es ist rechtlich unzulässig, nur die neuen Bewerber dem ausführlichen Auswahlverfahren zu unterwerfen und die bisherigen Standplatzbetreiber davon auszunehmen.
- **Frage 10:** Eine Möglichkeit, die Konsequenzen für den bewährten Wochenmarkt auf rechtskonforme Weise möglichst gering zu halten, besteht – neben einer Erhöhung der Kapazitäten – darin, die Vergabekriterien entsprechend dem mutmasslichen Publikumsinteresse auszugestalten und auf diese Weise das Angebot und den Charakter des Marktes zu steuern. Unzulässig wäre es jedoch, die Standplätze ohne Kriterienwettbewerb im Sinne des Anciennitätsprinzips an bisherige Standplatzbetreiber zu vergeben.
- **Frage 11:** Falls die Stadt Luzern die Standplätze am Luzerner Wochenmarkt weiterhin nach dem heutigen System vergibt, geht sie ein hohes Risiko ein, dass Beschwerden betroffener Personen an die zuständigen Gerichte und Aufsichtsbehörden gutgeheissen werden.
- **Frage 12:** Es wäre rechtlich unzulässig, die Standplätze an den besseren Lagen den bisherigen Standplatzbetreibern zu belassen und neuen Bewerbern die Plätze an den weniger attraktiven Orten zuzuteilen.
- **Frage 13:** Im Fall einer Rechtsverzögerung oder Rechtsverweigerung drohen der Stadt Luzern aufsichtsrechtliche Zwangsmassnahmen seitens des Regierungsrats.
- **Frage 14:** Die verschiedenen Arten der Nutzung von öffentlichem Grund zu wirtschaftlichen Zwecken – insbesondere der Betrieb von Marktständen und die Ausübung des Taxigewerbes – sind rechtlich gesondert zu beurteilen; es gibt kein Gebot, verschiedene Nutzungsarten in Bezug auf die Frage der Ausschreibung gleich zu behandeln.

Bernhard Rütscbe
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

- **Frage 15:** Nach den Marktordnungen anderer Gemeinden erfolgt die Vergabe von Marktstandplätzen im Verhältnis zwischen bisherigen Standplatzbetreibern und aussenstehenden Bewerbern nach dem Anciennitätsprinzip; dies ist mit der Wirtschaftsfreiheit nicht vereinbar. Hingegen ist das von anderen Marktordnungen vorgesehene Wartelistenprinzip im Verhältnis zwischen gleichwertigen Neubewerbern zulässig.



Prof. Dr. Bernhard Rütscbe
o. Professor für Öffentliches Recht und
Rechtsphilosophie

Bernhard Rütscbe
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

Abkürzungsverzeichnis

BGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (SR 173.110)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BGBM	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (SR 943.02)
BöB	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.1)
GG	Gemeindegesezt vom 4. Mai 2004 (SRL 150)
KV	Verfassung des Kantons Luzern vom 17. Juni 2007 (SRL 1)
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
öBG	Gesetz vom 19. Oktober 1998 über die öffentlichen Beschaffungen (SRL 733)
öBV	Verordnung vom 7. Dezember 1998 zum Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen (SRL 734)
RNöG	Reglement vom 28. Oktober 2010 über die Nutzung des öffentlichen Grundes (Systematische Rechtssammlung der Stadt Luzern Nr. 1.1.1.1.1)
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundes
SRL	Systematische Rechtssammlung des Kantons Luzern
StrG	Strassengesetz vom 21. März 1995 (SRL 755)
StromVG	Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz; SR 734.7)
VNöG	Verordnung vom 16. März 2011 über die Nutzung des öffentlichen Grundes (Systematische Rechtssammlung der Stadt Luzern Nr. 1.1.1.1.2)
VöB	Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.11)

Bernhard Rütse
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

VRG	Gesetz vom 3. Juli 1972 über die Verwaltungsrechtspflege (SRL 40)
WRG	Bundesgesetz vom 22. Dezember 1916 über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (Wasserrechtsgesetz; SR 721.80)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)

Bernhard Rüttsche
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

Literaturverzeichnis

- AUER ANDREAS, L'effet des décisions d'inconstitutionnalité du Tribunal fédéral, in: AJP 1992 559.
- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich 2007.
- CAMPRUBI MADELEINE, Kassation und positive Anordnungen bei der staatsrechtlichen Beschwerde, Zürich 1999.
- DIEBOLD NICOLAS, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, in: ZSR 2014 219.
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A., Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich 2012.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010.
- HAEFLIGER ARTHUR, Die Rechtsfolgen der Gutheissung einer staatsrechtlichen Beschwerde, in: Mélanges Otto K. Kaufmann, Bern 1989, 357 ff.
- JAAG TOBIAS, Wettbewerbsneutralität bei der Gewährung von Privilegien im Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: HANS ULRICH WALDER/TOBIAS JAAG/DIETER ZOBL (Hrsg.), Aspekte des Wirtschaftsrechts, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994, Zürich 1994, 477 ff.
- KÄLIN WALTER, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Aufl., Bern 1994.
- KIENER REGINA/RÜTSCHKE BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015.
- KUNZ DANIEL, Verfahren und Rechtsschutz bei der Vergabe von Konzessionen. Eine Analyse der Anforderungen an eine rechtsstaatliche Verteilungslenkung bei begrenzten wirtschaftlichen Berechtigungen, Bern 2004.
- MOSER ANDRÉ WERNER, Der öffentliche Grund und seine Benützung im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage im Kanton Bern, Bern 2011.
- OESCH MATTHIAS, Differenzierung und Typisierung. Zur Dogmatik der Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung, Bern 2008.
- RÜTSCHKE BERNHARD, Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen, Basel 2002.

Bernhard Rütscbe
Vergabe von Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt

- RÜTSCHÉ BERNHARD/DIEBOLD NICOLAS, Geschlossene Märkte (Kap. 5) und Zugang zu geschlossenen Märkten (Kap. 6), in: RUTZ SAMUEL/SCHMID LUKAS, Kantonsmonitoring 6: Von alten und neuen Pfründen. Wie die Kantone Monopole stützen statt Märkte fördern, Avenir Suisse 2014, S. 83–107.
- STREHLE BARBARA E., Rechtswirkungen verfassungsgerichtlicher Normenkontrollentscheidungen, Zürich 1980.
- TEYGELER JACOBA, Rechtswirkungen verfassungsgerichtlicher Normenkontrollentscheidungen (im Lichte der Durchsetzung der verfassungsmässigen Rechte durch das Bundesgericht und durch die kantonalen Gerichte), Basel 1993.
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI URLICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014.
- WINISTÖRFER MARC M., Die Standplatzzuteilung auf Märkten, in: AJP 11/2015 1 (im Erscheinen, Änderung der Seitenzahlen möglich).