

Prof. Dr. Bernhard Rütsche

Ordinarius für öffentliches Recht und Rechtsphilosophie

Vergabe von öffentlichem Grund an Private

Wettbewerb und Bestandesschutz im Spannungsfeld

Rotary Club Luzern Wasserturm

27. Januar 2015

Luzerner Wochenmarkt

- 2011/2012: **Urteile Kantonsgericht und Bundesgericht**
 - Praxis der Stadt, bei der Jahresbewilligung jeweils die bisherigen Händler zu bevorzugen, ist nicht rechtskonform
 - Es braucht offenes Vergabeverfahren nach sachlichen Kriterien
- Stadt Luzern: Für die Umsetzung eines fairen Vergabe-Verfahrens bedarf es rund 180'000 Fr.; ab 2014 Erweiterung Marktperimeter
- Ab 2017: periodische **öffentliche Ausschreibung** (Mehrjahresperioden)
- Kredit des Stadtrates von 150'000 Fr.
- Kriterien: Produktemix, Kundenfreundlichkeit, Investitionsschutz der Markthändler u.a.



Marroni-Standplätze

- Mai 2014: **Ausschreibung von 4 Standplätzen** in der Stadt Luzern für die nächsten drei Winterhalbjahre; Vergabeverfahren: Losentscheid
- 7 Gesuche, wovon 6 die Eignungskriterien erfüllen
- Juni 2014: **Urteil Kantonsgericht** Ausschreibung mit Losverfahren zulässig
- November 2014: **Volksmotion** gegen die Verlosung der Marronistände
- Dezember 2014: Zwei Gesuchsteller ziehen sich zurück, Marroni-Standplätze werden **ohne Verlosung an die bisherigen Betreiber vergeben**



Taxistandplätze

- **Taxireglement der Stadt Luzern von 2003:**
 - Mengemässig begrenzte A-Bewilligungen für Nutzung öffentlicher Standplätze (ca. 60 Stück); übertragbar, unbefristet, Vergabe nach Anciennität (Warteliste)
 - B-Bewilligungen: mengemässig unbegrenzt, für Taxifahrten von privaten Standplätzen aus
- **WEKO 2011:** Taxireglement verstösst gegen Binnenmarktgesetz:
 - Ortsfremden Taxidiensten wird Marktzugang verwehrt
 - Stadt darf nicht verlangen, dass Taxibetreiber Geschäftssitz in der Stadt hat
 - Es braucht keine Extra-Bewilligung für auswärtige Taxis, die auf Bestellung Kunden in der Stadt abholen



Taxistandplätze

- **Ab 2015: neues Taxireglement:**
 - Mengenmässig begrenzte einheitliche Taxibetriebsbewilligung: Aufhebung der Unterscheidung von A- und B-Bewilligungen
 - Mengenmässig begrenzte Firmentaxi-Betriebsbewilligungen mit max. 8 Einzelbewilligungen (im Gegenzug 24-Stunden-Service)
 - Nur für hauptberufliche Tätigkeit, nicht übertragbar und nicht handelbar
 - Zeitliche Befristung: alle 5 Jahre öffentliche Ausschreibung (erstmalig 2016 für Periode 2018-2022)
 - Auch Taxis ohne Betriebsbewilligung dürfen anbieten, aber öffentliche Standplätze nicht benutzen



Weitere Beispiele

- Plakatanschlag auf öffentlichem Grund
- Kioske und Imbissstände in Bahnhöfen
- Zirkusplätze auf öffentlichem Grund
- Riesenräder und andere Bahnen auf der Mäas
- Bau und Betrieb von Schiffshafen
- Kiesabbau
- Nutzung der Geothermie
- Nutzung von Wasserkraft
- Erstellung und Betrieb von Elektrizitätsnetzen
- usw.

Offene und geschlossene Märkte

Offene Märkte

- Anbieter habe freien Zugang zum Markt, d.h. rechtlichen Anspruch, die fragliche wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind
- Anzahl der Anbieter ist unbeschränkt

Geschlossene Märkte

- Zugang von Anbietern zum Markt ist **beschränkt**, weil der Staat entweder nur eine beschränkte Anzahl von Anbietern zulässt oder als Nachfrager von Leistungen auftritt
 - Gesteigerte Nutzung/Sondernutzung von öffentlichen Sachen
 - Staatliche Monopole
 - Grundversorgungsmärkte
 - Beschaffungsmärkte
- **Auswahl**, wenn Zahl der Anbieter die verfügbaren Zugangsrechte übersteigt

Verfassungsrechtliche Grundlagen

- **Art. 27 BV Wirtschaftsfreiheit**

¹ Die Wirtschaftsfreiheit ist gewährleistet.

² Sie umfasst insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung.

- **Art. 94 BV Grundsätze der Wirtschaftsordnung**

¹ Bund und Kantone halten sich an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit.

- **Bundesgericht (BGE 131 II 271 E. 9.2.2 S. 291)**

«Der aus Art. 27 BV abgeleitete Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden verbietet Massnahmen, 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 (...).»

Verfassungsrechtliche Grundlagen

- **Bundesgericht** (BGE 2C_660/2011, E. 2.1, 4.2):

Wenn die Nachfrage nach Standplätzen das Angebot übersteigt und die zuständige Behörde nicht alle Konkurrenten berücksichtigen kann, «obliegt es dem Gemeinwesen, das Bewilligungsverfahren so auszugestalten, dass möglichst **faire Wettbewerbsverhältnisse** geschaffen werden (...). Die Platzvergabe hat diesfalls **nach objektiven Kriterien** zu erfolgen, wobei u.a. auch das mutmassliche Publikumsinteresse in Bezug auf Qualität und Vielfalt des Angebots sowie kulturelle Anliegen berücksichtigt werden können. Unzulässig erscheint indessen in diesem Zusammenhang, systematisch dieselben – z.B. stets die bisherigen - Bewerber oder Bewerbergruppen zu bevorzugen (...). Um vor dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe Bestand zu haben, setzt dies jedoch voraus, dass bei beiden Bewilligungstypen ein **offenes Vergabeverfahren** zur Anwendung kommt (...).»

Gesetzliche Grundlagen

Binnenmarktgesetz

- Art. 2 Abs. 7 BGBM

Die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private **hat auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen** und darf Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren.

- Anwendbar auf Vergabe von öffentlichem Grund an Private
- Wasserrechts- und Stromversorgungsgesetz: keine Ausschreibungspflicht, aber diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren
- Revisionsentwurf für ein neues Beschaffungsrecht: Art. 2 Abs. 7 BGBM soll gestrichen werden → betrifft Vergabe von öffentlichem Grund

Beschaffungsrecht?

- Öffentliche Beschaffung: Gemeinwesen tritt auf dem freien Markt als Nachfrager auf, um für die Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben gegen Entgelt Mittel zu erwerben

Gesetzliche Grundlagen

Reglement über die Nutzung des öffentlichen Grundes / LU

- Art. 12 Plakate auf öffentlichem Grund

Die Möglichkeit zur Sondernutzung von Reklameanschlagstellen auf öffentlichem Grund **wird regelmässig öffentlich ausgeschrieben**. Der Anbieterin oder dem Anbieter mit dem wirtschaftlich besten Angebot wird der Zuschlag erteilt.

- Art. 13 Andere Arten der Sondernutzung

¹ Der Betrieb eines Kiosks, einer Buvette oder einer ähnlichen Einrichtung **kann öffentlich ausgeschrieben** und die Nutzung Dritten übertragen werden.

² Die Vergabe erfolgt anhand vorgängig festgelegter Kriterien. Der Stadtrat oder eine von ihm bezeichnete Stelle legt diese Kriterien fest.

Verfahrensarten

- **Direktvergabe**
- **Einladungsverfahren** (Einholung von Konkurrenzofferten)
- **Öffentliche Ausschreibung**
 - Publikation der Vergabe (Transparenz)
 - Jeder hat Teilnahmerecht (Offenheit)
 - Sachliche Eignungs- und Zuschlagskriterien
 - Vergabe (Zuschlag):
 - an den Meistbietenden (Versteigerung)
 - an das qualitativ beste Angebot
 - nach Rotationsprinzip
 - aufgrund Losentscheid

Spannungsfeld der Interessen

Wettbewerb

- Gleichbehandlungsinteressen der Unternehmen
- Anreize zur Erbringung qualitativ hochstehender und günstiger Leistungen
- Effiziente Nutzung öffentlicher Ressourcen

Bestandesschutz

- Planungssicherheit und Investitionsschutz für die berücksichtigten Anbieter
- Existenzschutz: bestimmte Anbieter sind für ihr Gewerbe auf die Nutzung des öffentlichen Grundes wirtschaftlich angewiesen
- Heimatschutz für ortsansässige Anbieter (wirtschaftspolitische und fiskalische Interessen, Umweltschutz)
- Erfahrungen des Gemeinwesens mit bisherigen Anbietern
- Weniger Verwaltungsaufwand

Vielen Dank für die Aufmerksamkeit !