



**Stadt
Luzern**

Stadtrat

**Wurde anlässlich
Ratssitzung vom
24. September 2015
als Postulat überwiesen.**

Stellungnahme

zum

Bevölkerungsantrag Nr. 243 2012/2016

Felix von Wartburg, Regula Eichhorn
und Stefan Lüthi namens der Antragstellenden
vom 5. Januar 2015
(StB 274 vom 29. April 2015)

Gegen die Verlosung von Marroniständen und -plätzen in der Stadt Luzern

Der Stadtrat nimmt zum Bevölkerungsantrag wie folgt Stellung:

Felix von Wartburg, Regula Eichhorn und Stefan Lüthi haben am 5. Januar 2015 einen Bevölkerungsantrag gegen die Verlosung von Marronistandplätzen in der Stadt Luzern eingereicht. Gemäss Art. 29a der Gemeindeordnung der Stadt Luzern können unter anderem 200 Einwohnerinnen und Einwohner der Stadt Luzern (Wohnsitz und/oder Niederlassung C) einen Bevölkerungsantrag einbringen. Ein Bevölkerungsantrag ist sinngemäss wie eine Motion oder ein Postulat zu behandeln. Die Gemeindeordnung verweist dabei in Art. 29a Abs. 3 auf das Geschäftsreglement des Grossen Stadtrates.

Da die Vergabe von Marronistandplätzen auf öffentlichem Grund der Stadt Luzern nicht in die Entscheidkompetenz des Grossen Stadtrates fällt, mangelt es dem Begehren an der Motivationsfähigkeit. Der Bevölkerungsantrag ist daher gemäss Art. 101a Abs. 2 lit. b des Geschäftsreglements des Grossen Stadtrates sinngemäss wie ein Postulat eines Mitglieds des Grossen Stadtrates zu behandeln. Das Parlament kann einen solchen Bevölkerungsantrag somit einzig als Anregung an den Stadtrat überweisen, in einer Angelegenheit seines Zuständigkeitsbereichs in bestimmter Weise vorzugehen (vgl. Art. 55f Abs. 1 lit. b Geschäftsreglement des Grossen Stadtrates).

Bevorzugung der Bisherigen verlangt

Mit dem Bevölkerungsantrag wird verlangt, dass die zuständige Stadtbehörde ihren Entscheid, das Betreiben ihrer vier Marronistandplätze per Losentscheid zu vergeben, rückgängig macht. „Zwischen Marronibratern, Standort und Kundschaft besteht eine oft langjährige, mit viel Engagement aufgebaute Beziehung, deren Fortbestand nicht durch ein Zufallslos entschieden werden soll“, argumentieren die Antragstellenden. Die Mehrheit der Bürgerschaft wolle, dass von jeder Art von erzwungener und diskriminierender Rotation bei Marronibratern oder deren Standort Abstand genommen werde.

Rückblick auf die Ausschreibung 2012

Drei der heute vier Marronistandplatz-Betreibenden sind durch die erste Ausschreibung der Marronistandplätze auf öffentlichem Grund im Jahre 2012 an einen der Plätze gekommen. In der Stadt Luzern gab es zuvor jahrelang drei Marronihäuschen auf öffentlichem Grund. Allerdings wurden damals nur die beiden Plätze Unter der Egg und Seebrücke/Bahnhof ausgeschrieben, weil die ursprünglichen Bewilligungsinhaber das Geschäft aufgeben mussten bzw.

starben. Für einen Bewerber, bei dem sich nachträglich wegen eines Rechnungsfehlers herausstellte, dass er hätte berücksichtigt werden müssen, ergab sich eine Sonderlösung, indem ihm kurzfristig ein Standplatz an der Pilatusstrasse/LUKB angeboten werden konnte. Im Nachhinein stellte sich dieses Provisorium jedoch als gute Lösung heraus. Damit wurde ein vierter Standort etabliert.

Ausschreibung vom Mai 2014

Da nach der Ausschreibung 2012 weitere Interessierte (sechs Private und eine Gastrofirma) geltend machten, sie hätten ebenfalls ein Anrecht auf einen der Marronistandplätze, wurde für die Periode 2015/2016 bis 2017/2018 eine neue Ausschreibung ausgearbeitet. Dieses Ausschreibungsverfahren 2014, das wiederum zum Ziel hatte, auch neuen Bewerbenden eine Chance zu geben, ihre Geschäftstätigkeit auf öffentlichem Grund der Stadt Luzern entfalten zu können, wurde korrekt durchgeführt. Dies stellte sich insbesondere bei einer gerichtlichen Überprüfung heraus.

In den vergangenen Jahren hat sich gezeigt, dass wie bei den Taxibetriebsbewilligungen und den Standplätzen am Luzerner Wochenmarkt auch für die Standplätze für Marronihäuschen ein Nachfrageüberhang besteht. Es ist verständlich, dass diejenigen, die sich bereits seit zwei, drei oder im Fall einer Anbieterin seit vielen Jahren auf den bestehenden Standplätzen betätigen, dies auch weiterhin tun wollen. Verständlich ist aber auch, dass sich andere, die bisher nie berücksichtigt wurden, dies ebenfalls wollen.

Im Mai 2014 hat die für die Erteilung der Nutzungsbewilligungen auf öffentlichem Grund zuständige Dienstabteilung Stadtraum und Veranstaltungen (STAV) die vier Marronistandplätze (Unter der Egg, Bahnhofplatz/Seebrückenkopf, Mühlenplatz und Pilatusstrasse/LUKB) für die Periode 2015/2016 bis 2017/2018 im Kantonsblatt öffentlich ausgeschrieben. Es gingen sieben Bewerbungen ein. Ein Bewerber aus dem Kanton Zug wurde vom Verfahren ausgeschlossen, weil er die Kriterien nicht erfüllt hatte.

Bei den ausgeschrieben Kriterien handelte es sich ausschliesslich um sogenannte Eignungskriterien. Es hat sich gezeigt, dass es schwierig ist, in diesem Segment geeignete Zuschlagskriterien zu bilden, die den einen von der anderen Bewerberin abhebt. Die Anforderungen an Art und Ausstattung des Marronihäuschens, die Infrastruktur, die Betriebszeiten und die Verkaufspalette sind von STAV vorgegeben und mit der Ausschreibung bekannt gegeben worden. Sie orientierten sich an der langjährigen Bewilligungspraxis von STAV.

Rechtliche Rahmenbedingungen

Bei der Vergabe von Bewilligungen für die Nutzung des öffentlichen Grundes zu wirtschaftlichen Zwecken muss zwingend das Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden eingehalten werden. Dieses Gebot ist Teil des in der Bundesverfassung verankerten Grundrechts der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV). Es ist verletzt, wenn solche Bewilligungen immer in der Hand von einigen wenigen Gewerbetreibenden sind, und dies sogar für unbestimmte Zeit.

Einer der Bewerber hatte gegen die Ausschreibung Verwaltungsgerichtsbeschwerde geführt. Das Kantonsgericht wies die Beschwerde mit Urteil vom 21. Juli 2014 (7H 14 163) ab. Es wiederholte darin die Ausführungen, wie es sie im Jahr 2011 bereits zum Wochenmarkt formuliert hatte und wie es vom Bundesgericht bestätigt wurde. Das Bundesgericht hatte gefordert, dass ein offenes Vergabeverfahren zur Anwendung kommen müsse, um vor dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe Bestand zu haben.

Das Kantonsgericht präzisierte, dass eine wirtschaftliche Betrachtung der Marktverhältnisse massgeblich sei. Zu berücksichtigen seien insbesondere die Bedeutung des Nutzungsrechts für den Markteintritt und die Wettbewerbsverhältnisse im Markt, der sich durch das Nutzungsrecht eröffnet. Das heisst: Je grösser die Bedeutung des Nutzungsrechts für den Markteintritt bzw. je grösser der Wettbewerbsvorteil, der sich aus dem Nutzungsrecht ergäbe, umso höher seien die Anforderungen an ein transparentes und nichtdiskriminierendes Verfahren. Mit einer öffentlichen Ausschreibung unter Beachtung der Vergabegrundsätze, so das Kantonsgericht in seinem Urteil weiter, könne dies in einer sachgerechten Weise erreicht werden. Diese Aussage des Kantonsgerichts trifft in hohem Mass auf die Marronistandbetreibenden zu.

Eine öffentliche Ausschreibung mit analoger Anwendung von Vergabegrundsätzen erscheine bezüglich Marronistandplätzen grundsätzlich als sachgerechtes bzw. gebotenes Mittel, um eine möglichst chancengleiche Zuteilung der Standplätze zu erreichen, folgte das Kantonsgericht. Die Ausschreibung ermögliche es der städtischen Bewilligungsbehörde, zunächst nach objektiven Eignungskriterien Bewerber auszusuchen und hernach unter den Verbleibenden das Los entscheiden zu lassen. Hinzu komme, dass sich eine Ausschreibung von Nutzungsrechten nach den Regeln des Vergaberechts auch aus dem Binnenmarktrecht ableiten liesse, zumindest wenn der Anbieter auf die Nutzung öffentlicher Sache angewiesen sei. Eine Bevorzugung einheimischer Anbieter halte vor den Grundsätzen der Binnenmarktgesetzgebung nicht stand. Zudem gäbe es auch kein wohlerworbenes Recht am zeitlich unbeschränkten Weiterbestand bzw. an einer Verlängerung einer einmal erteilten Sondernutzungskonzession.

In seinem Aufsatz „Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument“ (in: ZSR 2014, S. 219 ff.) wirft der Leiter des Kompetenzzentrums Binnenmarkt des Sekretariats der Wettbewerbskommission (WEKO), Nicolas F. Diebold, die Frage auf, ob neben der öffentlichen Ausschreibung von Nutzungsrechten auf öffentlichem Grund alternative Vergabeverfahren bestünden, die den verfassungs- und binnenmarktrechtlichen Anforderungen standhielten. Er resümierte wie folgt: „Dies ist zu bezweifeln. Es scheint – vorbehaltlich von Bagatellfällen – kein Weg an der öffentlichen Ausschreibung von Nutzungsrechten vorbeizuführen, sei es gestützt auf Art. 27 in Verbindung mit Art. 94 Bundesverfassung oder – wenn zumindest ein ortsfremder Anbieter im Rennen ist – gestützt auf Art. 3 Abs. 1 lit. a Binnenmarktgesetz.“ Die Pflicht zur Ausschreibung liesse sich zudem gestützt auf Art. 2 Abs. 7 Binnenmarktgesetz ableiten, zumindest wenn der Anbieter auf die Nutzung öffentlicher Sachen angewiesen sei.

Problem des Nachfrageüberhangs

Wie bereits festgehalten, gelten aus rechtlicher Sicht das Gleichbehandlungsgebot der Gewerbebesessenen sowie das Diskriminierungsverbot. Um diesen Vorgaben zu genügen, könnte einem Überhang der Nachfrage nach Standplätzen auf öffentlichem Grund zusätzlich zur Ausschreibung, mit der entweder nur die Nachfrage festgestellt wird oder in welcher einzig einzelne Eignungskriterien erfüllt werden müssen, mit folgenden Verfahren begegnet werden:

- a. Ausdehnung des Angebots
- b. Auswahl anhand eines Kriterienkatalogs
- c. Auswahl anhand einer Präsentation vor einer Jury
- d. Versteigerung der Plätze
- e. Einführung eines Rotationsprinzips
- f. Auswahl durch Losentscheid

a. Ausdehnung des Angebots

Nach der Ausschreibung 2014 zeigte sich, dass auf Stadtgebiet möglicherweise noch weitere Orte auf öffentlichem Grund als Marronistandplätze infrage kommen. Neue Orte wurden deshalb evaluiert. Sie konnten jedoch nicht in die Ausschreibung vom Mai 2014 mit einbezogen werden, weil alle Bewerbenden, die die Kriterien erfüllten, einen Anspruch auf die Losziehung der vier bisherigen Standplätze hatten. Neue Plätze hätten folglich neu ausgeschrieben werden müssen. Diese erneute Ausschreibung wäre wiederum für alle Unterlegenen und neuen Interessierten offen gewesen. Solchen Ausdehnungen des Angebots an Flächen auf öffentlichem Grund für die Ausübung einer bestimmten wirtschaftlichen Tätigkeit sind allerdings aus rein räumlichen, aus städtebaulichen, verkehrlichen oder anderen Aspekten des öffentlichen Interesses Grenzen gesetzt.

b. Auswahl anhand eines Kriterienkatalogs

Bei einem solchen Verfahren werden die Interessierten anhand eines Kriterienkatalogs bewertet. Der vorhandene Platz wird dann den Bewerbenden mit den höchsten Punktzahlen zugeteilt. Das führt allerdings dazu, dass schlechter rangierte Bisherige für die ausgeschriebene Periode keinen Platz mehr erhalten. Bei Punktegleichstand müsste schliesslich das Los entscheiden. Wie bereits festgehalten, ist es insbesondere im Bereich Marroniverarbeitung schwierig, taugliche und rechtskonforme Kriterien zu finden, die eine objektivierbare Unterscheidung zwischen den Bewerbenden zulassen.

c. Auswahl anhand einer Präsentation vor einer Jury

Eine zu bestimmende Jury wählt die besten und attraktivsten Bewerberinnen und Bewerber aus. Der Nachteil eines solchen Verfahrens besteht darin, dass die Attraktivität des Angebots oder insbesondere die Qualität der gebratenen Marroni nicht abschliessend objektiv bewertbar sind.

d. Versteigerung der Plätze

Wettbewerbsfördernd ist eine Versteigerung der Standplätze an den/die Meistbietenden. Gegenwärtig kann dies wegen der im Reglement über die Nutzung des öffentlichen Grundes

festgeschriebenen Gebühr von Fr. 750.– pro Wintersaison für die Marronistandplätze nicht getan werden. Dies müsste über eine Revision des geltenden Reglements erfolgen. Der Stadtrat lehnt ein solches Vorhaben ab, da die Möglichkeit der Ausübung dieser Tätigkeit nicht vom Vermögen eines oder einer Einzelnen abhängig gemacht werden soll.

e. Einführung eines Rotationsprinzips

Ein reines Rotationsprinzip berücksichtigt nur die bestehenden Marronistandbetreibenden. Es wird dann angewendet, wenn sich beispielsweise zwei oder drei Gewerbetreibenden, die dasselbe Fahrgeschäft besitzen, jährlich abwechseln. Dies ist der Fall an der Luzerner „Mäas“. Dieses System funktioniert allerdings bei zwei oder höchstens drei gleichwertigen Fahrgeschäften nur so lange, als diejenigen, die im einen Jahr nicht an der Reihe sind, auf einen Platz an einer anderen Messe ausweichen können und die Gewissheit haben, dass sie in einem anderen Jahr wieder berücksichtigt werden. Das Rotationsprinzip ist für die „Mäas“ explizit in der Verordnung über die Nutzung des öffentlichen Grundes verankert. Neue Bewerbende haben in einem solchen System jedoch wenig Chancen, je einmal auf den Markt zu kommen, es sei denn, jemand stirbt oder hört freiwillig auf. Gerade dies ist aus rechtlicher Sicht nicht erlaubt, wie verschiedene Urteile zum Luzerner Wochenmarkt, zum Luzerner Taxiwesen und zur Ausschreibung der Stadtluzerner Marronistandplätze festhalten.

f. Auswahl durch Losentscheid

Erfüllen mehr Bewerbende die vorgegebenen Kriterien, als zu vergebende Standplätze zur Verfügung stehen, muss eine Auswahl getroffen werden. Da aus rechtlichen Gründen bisherige Marktteilnehmende gegenüber Neueinsteigenden nicht diskriminiert werden dürfen, ist das Losverfahren ein taugliches Mittel, um eine Auswahl zu treffen.

Die Ausschreibung vom Mai 2014 ist verfahrensmässig korrekt erfolgt. Die inhaltliche Überprüfung durch das Kantonsgericht hat ergeben, dass sie, bis auf ein Detail bezüglich der Selbstdeklaration von hängigen Strafverfahren, auch materiell korrekt war. Es lagen somit keine rechtlichen Gründe vor, das Verfahren abubrechen. Die sechs Bewerbenden, die die ausgeschriebenen Kriterien erfüllten, hatten folglich ein Anrecht darauf, an der Verlosung der vier ausgeschriebenen Standplätze (diese waren im Ausschreibungstext namentlich genannt) teilzunehmen. Der Ausschreibungstext war zudem explizit so formuliert, dass die Bewerbenden wussten, dass bei einem Nachfrageüberhang ein Losentscheid unter denjenigen getroffen werden sollte, die die Kriterien erfüllten.

An der Offertöffnung vom 18. August 2014 wurde wiederholt, dass es zum angekündigten Losverfahren vom 29. August 2014 kommen könnte. Das Protokoll der Offertöffnung wurde allen Bewerbenden zugestellt. Weil einer der Bewerber ausgeschlossen wurde und deshalb die dadurch ausgelöste Rechtsmittelfrist abgewartet werden musste, wurde der Losentscheid verschoben. Er konnte dann auf den 11. November 2014 neu angesetzt werden. Dies wurde den sechs Betroffenen am 14. Oktober 2014 wiederum schriftlich mitgeteilt.

Am 12. Dezember 2014 schliesslich wurden die verbliebenen Bewerbenden und mit Medienmitteilung auch die Öffentlichkeit darüber informiert, dass zwei der sechs Ausschreibungs-

teilnehmenden ihre Gesuche freiwillig zurückgezogen hätten. Unter diesen Umständen erübrigte sich eine Verlosung. Die Bewilligungen für die Jahre 2015/2016 bis 2017/2018 konnten deshalb wiederum den bisherigen vier Standbetreiberinnen und Standbetreibern erteilt werden.

Fazit

Die Ausschreibung 2014 der vier Marronistandplätze für die Periode 2015/2016 bis 2017/2018 mit Erwähnung eines möglichen Losverfahrens war aus rechtlicher Sicht korrekt. Weil sich zwei Bewerbende aus dem Verfahren zurückzogen, musste nicht auf das Auslosen zurückgegriffen werden. Aus diesem Grund ist für die Ausschreibung 2014 das Anliegen der Antragstellenden erfüllt.

Dem Stadtrat liegt es am Herzen, allen Interessierten eine gleiche Chance zu bieten, ihre wirtschaftliche Tätigkeit auf öffentlichem Grund anbieten zu können. Vor einer allfälligen Neuausschreibung werden unter anderem weitere Standorte geprüft, und auch die bisherigen Erkenntnisse im Zusammenhang mit anderen Vergaben von öffentlichem Grund sollen einfließen. Ein Rotationsprinzip oder die Versteigerung der Standplätze hingegen wird aus den oben genannten Gründen abgelehnt. Der Stadtrat will Losentscheide vermeiden.

Der Stadtrat lehnt den als Postulat zu behandelnden Bevölkerungsantrag ab.

Stadtrat von Luzern

