



Mitteilungen - Bauen und Vergabe

StGB NRW-Mitteilung 521/2005 vom 03.06.2005

Vermarktung von Flächen für die Außenwerbung

Die Landeskartellbehörde empfiehlt den Städten und Gemeinden in Nordrhein-Westfalen, Verträge für die Außenwerbung in regelmäßigen Abständen auszuschreiben. Dem liegen folgende Gründe zugrunde:

Räumt eine Kommune einem Unternehmen das ausschließliche Recht ein, auf ihren hierfür in Betracht kommenden öffentlichen Flächen Werbeträger zur Vermarktung der Werbeflächen aufzustellen, hat sie unter bestimmten Umständen das Verbot des § 20 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) zu beachten.

Eine Kommune, die durch Vertrag einem Unternehmen das Recht zur Aufstellung und Bewirtschaftung von Werbeanlagen auf öffentlichem Grund einräumt, ist als Unternehmen im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen anzusehen. Dem Kartellrecht liegt ein funktions- und tätigkeitsbezogener Unternehmensbegriff zugrunde, wonach als Unternehmen handelt, wer zum Zwecke des marktwirtschaftlichen Leistungsaustauschs auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager auftritt. Gegenstand der Werbenutzungsverträge ist u. a. in der Regel die Übertragung des Rechts auf ein Unternehmen, gegen ein Entgelt an festgelegten Standorten auf öffentlichem Grund Werbeträger auf eigene Kosten zu errichten und zu betreiben. Neben den erforderlichen öffentlich-rechtlichen Erlaubnissen wird auch das Recht zur Nutzung der Grundstücke zu Werbezwecken übertragen. Die Kommune tritt insoweit ebenso wie die Privaten als Anbieter für die Verpachtung von Werbeflächen im geschäftlichen Verkehr auf und ist daher als Unternehmen im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen anzusehen.

Es ist auch nicht auszuschließen, dass eine Kommune im Einzelfall eine marktbeherrschende Stellung auf den betroffenen Märkten hat. Gemäß § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB wird vermutet, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es einen Marktanteil von mindestens einem Drittel hat. Sachlich wird durch diese Verträge der Markt der unbeweglichen Außenflächen zur Aufstellung von Werbeträgern berührt (vgl. Urteil des LG Hamburg vom 15.04.1987 - 15 O 5/87 in WUW LG/AG 615 (616)). In räumlicher Hinsicht wird in der Regel das Gebiet einer Kommune als Markt anzusehen sein. Kommunen werden, was im Einzelfall zu prüfen ist, auf diesem räumlichen und sachlichen Markt häufig eine marktbeherrschende Stellung haben, da sie auf den öffentlichen Straßenflächen (öffentliche Plätze, Verkehrsinseln, Wartehäuschen) über eine große Zahl für Außenwerbung zur Verfügung stehender Flächen verfügen.

Besteht eine marktbeherrschende Stellung, darf die Kommune ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln. Eine unbillige Behinderung oder eine unterschiedliche Behandlung ohne sachlichen Grund kann ausgeschlossen werden, wenn die Auswahl des Vertragspartners unter angemessenen und fairen Bedingungen erfolgt (vgl. Urteil des BGH vom 14.07.1998 - KZR 1/97 in: WUW DE-R 201 (205)).

Ein Verfahren unter angemessenen und fairen Bedingungen liegt nach der oben zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes jedenfalls vor, wenn in regelmäßigen Abständen Ausschreibungen durchgeführt werden, bei denen der Interessent zum Zuge kommt, der das Höchstgebot abgibt. Die beschränkte Vertragsdauer gibt dem nicht berücksichtigten Interessenten die Möglichkeit, sich bei einer der nächsten Ausschreibungen erneut zu bewerben.

Die Bestimmung der zeitlichen Dauer der Verträge, die als nicht diskriminierend angesehen werden kann, ist nach dem zu regelnden Sachverhalt im Einzelfall zu bestimmen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Verpachtung von Gewerbeflächen für Schilderträger kann eine Diskriminierung in der Regel ausgeschlossen werden, wenn der Marktzutritt für aktuelle und potenzielle Wettbewerber nicht für einen längeren Zeitraum als fünf Jahre blockiert wird und die Pachtverträge in entsprechenden zeitlichen Abständen neu ausgeschrieben werden (vgl. Urteil des BGH vom 08.04.2003 - KZR 39/99 in: NJW 2003, S. 2684, 2685). Soweit nicht im konkreten Einzelfall besondere Gründe vorliegen, gibt diese Rechtsprechung den Maßstab für die zeitliche Befristung der Pachtverträge mit Ausschließlichkeitsbindung für Außenwerbeflächen vor.

Die Landeskartellbehörde wird Verträge, die sich in diesem Rahmen halten, nicht beanstanden. Ein Verstoß gegen das Verbot des § 20 Abs. 1, 2 GWB beinhaltet eine Ordnungswidrigkeit, die mit einem Bußgeld geahndet werden kann.

Az.: II/1 608-09