Hannover, März 2022

Hinweise der Landeskartellbehörde Niedersachsen zu Außenwerbeverträgen

Die nachfolgenden Ausführungen dienen dazu, Kommunen die kartellrechtlichen Anforderungen an Werbenutzungsverträge aufzuzeigen und die Kommunen so vor dem Abschluss kartellrechtswidriger Vereinbarungen zu bewahren.

In Deutschland wurden im Jahr 2019 Netto-Werbeeinnahmen im Bereich der Außenwerbung in Höhe von 1.226 Mio. Euro erzielt.[1] Die Außenwerbung ist in der Werbebranche unter dem Begriff Out-of-Home (OoH) zu finden, darunter sind alle Werbemedien im öffentlichen Raum zu verstehen, wie beispielsweise Großflächenplakate, Superposter oder Ganzsäulen.[2]

Bei typischen Werbenutzungsverträgen räumt die Kommune durch Vertrag einem Werbeunternehmen das Recht zur Aufstellung und Bewirtschaftung von Werbeanlagen auf öffentlichem Grund ein; dieses erfolgt häufig exklusiv oder in mehrere Lose aufgeteilt. Inhalt eines Werbenutzungsvertrages zwischen einer Kommune und einem Werbeunternehmen kann u.a. die Errichtung, Instandhaltung und der Betrieb einer Stadtmöblierung sein, welche mit Vorrichtungen für Werbeschilder versehen ist. Dabei ist eine Verlagerung der Investitionslast und des Amortisationsrisikos der Stadtmöblierung auf die Werbewirtschaft möglich.[3]

1. Kartellvergaberechtliche Anforderungen

Außenwerbeverträge der Kommunen sind regelmäßig als Dienstleistungskonzessionen i. S. d. § 105 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)[4] anzusehen[5]. Diese unterliegen damit dem Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts.

Nach § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB sind Dienstleistungskonzessionen entgeltliche Verträge eines Konzessionsgebers mit einem oder mehreren Konzessionsnehmern, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht.

Maßgeblich für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession ist das dem Konzessionsnehmer befristet eingeräumte wirtschaftliche Nutzungsrecht einer Dienstleistung, d. h. die Konzession oder Gestattung eines ausschließlichen Rechts, und das durch die Eigenart der Entgeltlichkeit des Vertrags erheblich oder vollständig auf den Konzessionsnehmer verlagerte wirtschaftliche Risiko, vgl. 105 Abs. 2 GWB. So geht das Recht der wirtschaftlichen Nutzung der von der Kommune als Konzessionsgeber freigegebenen Werbestellen auf die Werbeunternehmen als Konzessionsnehmer über, welche die Einrichtungen Dritten gegen Entgelt zur Verfügung stellen. Dabei trägt aus-

[1] Fachverband Außenwerbung E.V., Netto-Werbeeinnahmen erfassbarer Werbeträger in Deutschland, 2019 und 2020; Download am 23.02.2022

[2] https://www.crossvertise.com/hilfe/faq/lists/faq---top-20/was-versteht-man-unter-ooh-werbung; letzter Abruf am 23.02.2022

[3] Kollmann, Die Behandlung von Anlagen der Außenwerbung im öffentlichen Baurecht, 1. Auflage 2018, S. 562 f.

[4] Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 10 Absatz 2 des Gesetzes vom 27. Juli 2021 (BGBl. I S. 3274) geändert worden ist

[5] Kollmann, Die Behandlung von Anlagen der Außenwerbung im öffentlichen Baurecht, 1. Auflage 2018, S. 574

schließlich das Werbeunternehmen das Betriebsrisiko, welches mit den erzielten Erlösen und der Belegungshäufigkeit zusammenhängt.[6]

Dienstleistungskonzessionen sind von Dienstleistungsaufträgen abzugrenzen. Beim Dienstleistungsauftrag besteht die Gegenleistung in der Zahlung eines Gelbetrages von der Kommune als Auftraggeberin an ein Unternehmen als Auftragnehmer.[7]

Reine Nutzungsverträge sind ebenfalls nicht als Dienstleistungskonzession zu qualifizieren, denn bei einem reinen Nutzungsvertrag vermietet die Kommune ihre Grundstücke bloß zu Werbezwecken. Hier fehlt es an einem notwendigen Beschaffungsvorgang für den öffentlichen Auftraggeber, vgl. § 103 Abs.1 GWB.[8]

1.1. Anwendung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Das GWB sieht in § 106 Abs. 1 S. 1 GWB vor, dass ein bestimmter Schwellenwert erreicht oder überschritten wird. Unterschieden wird in der Praxis daher in den sog. Ober- und Unterschwellenbereich.

1.1.1. Oberschwellenbereich

Die Verordnung über die Vergabe von Konzessionen (Konzessionsvergabeverordnung - KonzVgV)[9] ist am 18.04.2016 in Kraft getreten. Mit der KonzVgV wurde die Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe[10] in nationales Recht umgesetzt. Sachlicher Anwendungsbereich der Konzessionsvergabeverordnung sind Konzessionen gem. § 105 Abs. 1 GWB.

Die KonzVgV ist ab Erreichen des aktuellen EU-Schwellenwertes anwendbar, der ab dem 01.01.2022 für Bau- und Dienstleistungskonzessionen bei 5.382.000 Euro[11] liegt.

Die Berechnung des geschätzten Vertragswertes richtet sich nach § 2 KonzVgV. Der maßgebliche Vertragswert berechnet sich gem. § 2 Abs. 3 KonzVgV aus dem voraussichtlichen Gesamtumsatz ohne Umsatzsteuer, den der Konzessionsnehmer während der Vertragslaufzeit als Gegenleistung für die Dienstleistungen, die Gegenstand der Konzession sind, erzielt; der Gegenleistungsbegriff wird in § 2 Abs. 4 KonzVgV anhand von Beispielen verdeutlicht.

Auch wenn der Schwellenwert für Außenwerbeverträge von Kommunen zunächst sehr hoch erscheint, ist das Erreichen bzw. Überschreiten des Schwellenwertes in größeren Städten möglich.[12] So werden beispielsweise für die Stadt Göttingen Werbeflächen online durch verschiedene Plattformen vermarktet. Die Stadt Göttingen hat ca. 134.000 Einwohnerinnen und Einwohner, online werden 368 Großflächen und 60 Ganzsäulen für Plakatwerbung angeboten. Da scheint das Erreichen des Schwellenwertes bei einer Laufzeit, die mehr als ein Jahr beträgt, als durchaus wahrscheinlich.

---

[6] Kollmann, ebenda
[7] Kollmann, ebenda
[8] Kollmann, ebenda
[9] Konzessionsvergabeverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624, 683), die zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 10. Juli 2018 (BGBl. I S. 1117) geändert worden ist
[10] RICHTLINIE 2014/23/EU DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (ABl. EU 2014 Nr. L 94/1 v. 28. März 2014)
[11] Die Schwellenwerte für Bau- und Dienstleistungskonzessionen werden alle zwei Jahre von der Europäischen Union überprüft und angepasst.
[12] Kollmann, Die Behandlung von Anlagen der Außenwerbung im öffentlichen Baurecht, 1. Auflage 2018, S. 575

1.1.2. Unterschwellenbereich

Konzessionen, die unterhalb der Schwellenwerte liegen[13], unterliegen nicht den vergaberechtlichen Anforderungen der §§ 97 ff. GWB. Unterhalb der Schwellenwerte sind jedoch die Bestimmungen der Niedersächsischen Haushaltsordnung und die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) zu beachten.

Und öffentliche Auftraggeber müssen die Grundregeln des EU-Primärrechts beachten, insbesondere das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und daraus resultierende Transparenzpflichten (Art. 49, 56, 18 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)). Daher ist die Vergabe von Außenwerbeflächen nach den Grundsätzen eines eng an die vergaberechtlichen Grundsätze angelehnten objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens durchzuführen.[14]

1.2. Allgemeine Regelungen

Regelungen zu Laufzeiten und Bekanntmachungen für den Oberschwellenbereich finden zumindest analog Anwendung auf den Unterschwellenbereich.

1.2.1. Regelobergrenze für Laufzeiten

In § 3 Abs. 2 S. 1 KonzVgV wird eine Regelobergrenze von fünf Jahren Laufzeit statuiert. Eine längere Laufzeit gilt jedoch dann, wenn die Erwirtschaftung der Investitionskosten nach vernünftigem Ermessen eine längere Laufzeit erfordert. Für Werbenutzungsverträge dürfte eine längere Laufzeit jedoch nur in Frage kommen, wenn hochwertige Stadtmöblierungen durch den Konzessionsnehmer errichtet werden müssen.

Die Regelobergrenze für Laufzeiten gilt analog auch für den Unterschwellenbereich.

1.2.2. Bekanntmachung

Eine Bekanntmachung ist im Ober- und im Unterschwellenbereich erforderlich. Die Pflicht zur Bekanntmachung beabsichtigter Konzessionsvergaben ist von fundamentaler Bedeutung für die Herstellung eines EU-weiten Wettbewerbs um Konzessionen, denn erst die Bekanntmachung schafft die notwendige Transparenz, die eine wettbewerbliche und nichtdiskriminierende Vergabe ermöglicht.[15]

Eine europaweite Bekanntmachung ist erforderlich, wenn eine Binnenmarktrelevanz gegeben ist, die ein grenzüberschreitendes Interesse an dem Werbenutzungsvertrag voraussetzt. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn Unternehmen anderer Mitgliedsstaaten zumindest potentiell ein Interesse an dem Werbenutzungsvertrag haben könnten. Daher ist zu Beginn des Vergabeverfahrens

- der Auftragsgegenstand
- der geschätzte Auftragswert,
- die Besonderheiten des Sektors für Außenwerbeflächen (Größe und Struktur des

[13] Haucke/Maute ZWeK 2/2010 S. 172.
[14] Aus dem Eckpunktepapier des Bundeskartellamtes zu den Ergebnissen der Sektoruntersuchung „Außenwerbung“, 26.11.2009, S. 2.
[15] Beck VergabeR/Krohn, 3. Aufl. 2019, KonzVgV § 19 Rn. 4

Marktes, wirtschaftliche Gepflogenheiten usw.) sowie

- die geographische Lage und Größe der Kommune

zu prüfen.

Konkret bedeutet dies, dass der öffentliche Auftraggeber in jedem Einzelfall prüfen und dokumentieren muss, ob der potenzielle Auftrag vor dem Hintergrund zum Beispiel des Auftragsgegenstands oder des geschätzten Auftragswertes „binnenmarktrelevant“ ist. Mit der Binnenmarktrelevanz hat der EuGH faktisch eine qualitative „Bagatellgrenze“ für die Vergabepraxis formuliert, die allerdings nicht betragsmäßig in jedem Fall abschließend, sondern vielmehr variabel und anhand der genannten Faktoren in jedem Einzelfall festzulegen ist.[16]

Die Auslegung des Kriteriums der Binnenmarktrelevanz eines öffentlichen Auftrags oder eines sonstigen Rechtsgeschäfts der öffentlichen Hand entwickelte sich in der Folge jedoch stetig fort. So erfuhr die anfangs sehr weite Auslegung nach und nach sachliche Einschränkungen. Die entsprechenden Entscheidungen des EuGHs betrafen insbesondere die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen, welche bis zum Erlass der KRL im Jahr 2014 keinen sekundärrechtlichen Vergabevorgaben unterlag. Die dieser Rechtsprechung entstammenden Grundsätze besitzen allerdings allgemeine Geltung.[17]

Für die Bekanntmachung gilt im Übrigen grundsätzlich die freie Wahl des Mediums, solange ein angemessener Grad an Öffentlichkeit gewährleistet ist. Der erforderliche Grad der Öffentlichkeit richtet sich nach der Binnenmarktrelevanz. Das Medium ist mithin vom Einzelfall abhängig.

Für Bekanntmachungen im Rahmen von Konzessionsvergabeverfahren für Außenwerbeverträge mit Binnenmarktrelevanz wird die Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Kommission empfohlen, ansonsten die Bekanntmachung im Bundesanzeiger.

1.2.3. Dokumentation

Es wird empfohlen, in Anlehnung an § 6 der UVgO das Vergabeverfahren von Beginn an fortlaufend in Textform nach § 126b BGB zu dokumentieren, soweit dies für die Begründung von Entscheidungen auf jeder Stufe des Vergabeverfahrens erforderlich ist.

2. Wettbewerbsrechtliche Anforderungen

Die Kommune tritt neben Privaten als Anbieter für die Verpachtung von Werbeflächen im geschäftlichen Verkehr auf und ist daher als Unternehmen i. S. v. § 185 Abs. 1 GWB anzusehen. Sie ist damit Adressantin des Missbrauchs- und Diskriminierungsverbotes der §§ 18, 19 ff. GWB. Ein Missbrauch nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB liegt insbesondere dann vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar anders behandelt als gleichartige

[16] Deling: Kriterien der „Binnenmarktrelevanz“ und ihre Konsequenzen unterhalb der Schwellenwerte, NZBau 2011, 725, beck-online

[17] Gabriel/Krohn/Neun VergabeR-HdB, § 83 Anwendungsbereich Rn. 4, beck-online.

Unternehmen.

Zum sachlichen Markt der Außenwerbung zählen die klassischen Werbeträger (Plakatflächen, Vitrinen, City Light Boards, Litfaßsäulen etc.) sowie die Werbung auf Transportmitteln.[18] Räumlich ist der Markt regional gegliedert, d.h. der Markt erstreckt sich in aller Regel auf das Hoheitsgebiet der jeweiligen Kommune.[19]

In der Praxis ist grundsätzlich von einer marktbeherrschenden Stellung der Kommune auf dem Markt für die Verpachtung von Werbeflächen für Außenwerbung auszugehen. Gem. § 18 Abs. 4 GWB wird vermutet, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es einen Marktanteil von mindestens 40 Prozent hat. Zwar ist die Kommune nicht einziger Anbieter von Außenwerbeflächen, jedoch sind die meisten und ertragreichsten Standorte in kommunaler Hand.[20] Zudem erteilt auch die jeweilige Kommune die straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis für private Werbeflächen.

Im Hinblick auf das Missbrauchs- und Diskriminierungsverbot des GWB sind folgende Regelungen in Außenwerbeverträgen zwischen Kommunen und Außenwerbern nach der im Jahr 2007 durchgeführten Sektoruntersuchung des Bundeskartellamtes als wettbewerbsrechtlich problematisch einzustufen.

2.1. Vertragslaufzeiten

Laufzeiten von mehr als fünf Jahren sind grundsätzlich rechtfertigungsbedürftig.[21] Längere Vertragslaufzeiten führen zu einer Marktabschottung, da für entsprechend lange Zeit der Wettbewerb zwischen Außenwerbeunternehmen ausgeschlossen wird. Gleichwohl muss eine längere Vertragslaufzeit möglich sein, wenn Investitionen (bspw. hochwertige Stadtmöbel) getätigt wurden, die eine Amortisation nur in einer längeren Laufzeit möglichen machen und die Investition bei einer kürzeren Vertragslaufzeit unterbleiben würde.[22] Hier sollte im Einzelfall eine kritische Abwägung stattfinden. Die Abwägungsentscheidung der Kommune sollte nachvollziehbar begründet und dokumentiert werden.

2.2. Automatische Vertragsverlängerungen

Des Weiteren besteht die Pflicht zur Neuvergabe bei wesentlichen nachträglichen **Vertragsänderungen**.[23] Eine Ausnahme besteht hier bei im Ursprungsvertrag bereits angelegten Vertragsanpassungen. Jedoch wurden diese Ursprungsverträge mit automatischen Verlängerungsklauseln häufig unter Ausschluss des Wettbewerbs vereinbart, sodass die angelegten Vertragsanpassungsklauseln unzulässig zustande gekommen sind. Demnach ist eine weitere Vertragsanpassung zunächst dem Wettbewerb zuzuführen (durch Neuvergabe), da ansonsten ein Verstoß gegen geltendes EU-Recht vorläge. Weiterhin müssen Vertragsanpassungsklauseln hinreichend konkret im Ursprungsvertrag determiniert sein. Klauseln, die eine Verhandlung über Vertragsverlängerung oder Generalvorbehalte vorsehen, sind demnach nicht ausreichend inhaltlich bestimmt und können eine Vertragsverlängerung im Zuge einer Vertragsanpassung

[18] Tätigkeitsbericht 2007/2008 Bt-Drucksache 16/13500 S. 144.
[19] Tätigkeitsbericht 2007/2008 Bt-Drucksache 16/13500 S. 145.
[20] Tätigkeitsbericht 2007/2008 Bt-Drucksache 16/13500 S. 146.
[21] Mitteilung der Kommission – Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Abl. 2000/C 291/01, Rz. 204.
[22] Aus dem Eckpunktepapier des Bundeskartellamtes zu den Ergebnissen der Sektoruntersuchung „Außenwerbung“, 26.11.2009, S. 3.
[23] EuGH „Pressetext“ Slg. 2008, I-4447 = NVwZ 2008, 865; sowie für Dienstleistungskonzessionen EuGH „Wall AG“ Rs. C-91/08 v. 13.04.2010.

nicht rechtfertigen.[24]

Grundsätzlich sollte in regelmäßigen Abständen (siehe Ausführungen zu Laufzeiten) der Werbenutzungsvertrag dem Wettbewerb zugeführt werden, da sonst ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch die Kommune vorliegen könnte.[25]

2.3. Vorpachtrechte

Durch **Vorpachtrechte** findet eine Ungleichbehandlung der Bewerber statt. Der bisherige Außenwerber könnte so einen Vertrag mit der Kommune schließen, indem er die Konditionen des für die Kommune günstigsten (Dritt-) Angebotes übernimmt. Ein geheimer und fairer Wettbewerb findet nicht statt, vielmehr ist eine kartellrechtswidrige Marktabschottung gegeben.[26] Dies hätte die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge.[27]

2.4. Exklusivvergabe

Auch die **Exklusivvergabe** ist kartellrechtlich problematisch. Hierbei werden alle kommunalen Werbeflächen an ein Außenwerbeunternehmen vergeben. Dies hat zur Folge, dass der Anbieterkreis erheblich eingeschränkt wird. Bei mehr als 400.000 Einwohnern hat die Stadt sachgerechte Losgrößen auszuschreiben, entweder nach räumlicher Aufteilung oder nach Werbeträgerart.

2.5. Koppelung an Stadtmöblierung

Außerdem ist eine **Kopplung der Vergabe großer Werbeflächen an die Beschaffung von Stadtmöblierung** zu vermeiden. Der Bau bzw. die Beschaffung von Stadtmöblierung (Haltestellen des ÖPVN, City-Toiletten etc.) unterliegt zu einem dem Vergaberecht, zum anderen würden so zwei Märkte (Außenwerbung und Stadtmöblierung) einem Unternehmen zugesprochen werden, sodass eine erhebliche Marktabschottung und mithin ein Kartellverstoß vorliegen könnte. Ausnahmen sind ggf. für kleinere Kommunen möglich, da eine optimale Vermarktung geringer Werbeflächen nicht möglich scheint, wenn diese in den Händen mehrerer Außenwerber liegt oder in seltenen Fällen besondere Anforderungen an die Gestaltung der Außenwerbung in den Innenstädten gestellt werden (historisches Stadtbild).[28]

3. Fazit

Wenn der EU-Schwellenwert zur Anwendung der KonzVgV nicht erreicht wird, hat der die Kommune als öffentlicher Auftraggeberin in jedem Einzelfall zu prüfen, ob eine „Binnenmarktrelevanz gegeben ist, um dann anhand der objektiven Umstände zu entscheiden, ob ein „eindeutig grenzüberschreitendes Interesse an dem konkreten Auftrag“ besteht und wie sichergestellt wird, dass die europäischen Grundsätze der „Binnenmarktrelevanz“ bei der beabsichtigten konkreten Vergabe Anwendung finden. Vor diesem Hintergrund hat die Kommune ihr Prüfungsergebnis nachvollziehbar und hinreichend hinsichtlich der getroffenen Erwägungen zu dokumentieren.

---

[24] Wagener Cardenal/Scharf/Dierks, NVwZ 21/2011, S. 1300.
[25] Haucke/Maute ZWeK 2/2010 S. 193.
[26] Mitteilung der Kommission – Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Abl. 2000/C 291/01, Rz. 205.
[27] Aus dem Eckpunktepapier des Bundeskartellamtes zu den Ergebnissen der Sektoruntersuchung „Außenwerbung“, 26.11.2009, S. 3.
[28] Eckpunktepapier des Bundeskartellamtes zu den Ergebnissen der Sektoruntersuchung „Außenwerbung“, 26.11.2009, S. 2/3.

Zu beachten ist ferner, dass besonders bei einer Bündelung der als bedenklich aufgeführten Vertragskonstellationen von einer Wettbewerbsbeschränkung durch die Kommune auszugehen ist, die von der Landeskartellbehörde beanstandet werden kann. Insgesamt ist –vor allem bei Abwägungsentscheidungen –daher dem Grundsatz zu mehr Wettbewerb zu folgen.

Für Rückfragen oder sonstigen Fragen rund um das Kartellrecht wenden Sie sich bitte an die Landeskartellbehörde Niedersachsen (Leiterin der Landeskartellbehörde: Frau Heike Zinram, Tel.: 0511/ 120- 8412 oder per E-Mail an: *landeskartellbehoerde@mw.niedersachsen.de*).