

B 2

**6. Empfehlungen  
Préavis  
Preavvisi**

B 2.6

**1. Pachtverträge über die Aussenwerbung***Empfehlung nach Art. 8 Abs. 2 BGBM**Recommandation selon l'art. 8 al. 2 LMI**Raccomandazione giusta l'art. 8 cpv. 2 LMI*

*Empfehlungen der Wettbewerbskommission vom 17. Mai 1999 betreffend Pachtverträge über die Aussenwerbung zu Handen der kantonalen und kommunalen Gemeinwesen*

**A. Einleitung**

1. In der Presse sind in letzter Zeit vermehrt Berichte über die Praxis der Gemeinwesen betreffend Pachtverträge für die Aussenwerbung erschienen. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission ist mit mehreren Anfragen diesbezüglich befasst worden. Es wurde insbesondere geltend gemacht, dass die mit den Pachtverträgen erteilten Konzessionen zum Teil ohne Publikation vorgenommen wurden oder geplante neue Konzessionserteilungen nicht publiziert werden sollen. Ausserdem wurde darauf hingewiesen, die Vertragsdauer sei jeweils zu lange. Zudem würden die Pachtverträge Bestimmungen wie stillschweigende Vertragserneuerungen und Optionsklauseln enthalten, welche den Wettbewerb auf sehr lange Zeit hinaus in ungerechtfertigter Weise ausschliessen.

2. Die Kartellkommission hat 1982 einen "Bericht über die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt für Aussenwerbung" verfasst<sup>1</sup>. Sie hat den Gemeinden damals empfohlen, "bei der Vergabe von Werbepachtverträgen keine Optionsklauseln anzunehmen und ein öffentliches Submissionsverfahren durchzuführen." Der Allgemeinen Plakatgesellschaft hat sie nahegelegt, "künftig bei neuen oder der Erneuerung von bestehenden Pachtverträgen auf die Verwendung einer Optionsklausel zu verzichten"<sup>2</sup>. Unter dem neuen KG von 1995 hat sich das Sekretariat der Wettbewerbskommission mit der Aussenwerbung im Zusammenhang mit dem Pachtvertrag von Stadt und Kanton Genf mit der Allgemeinen Plakatgesellschaft befasst<sup>3</sup>. Die Wettbewerbskommission hat sich aus binnenmarktrechtlicher Sicht ebenfalls 1997 dazu geäußert<sup>4</sup>. Die Empfehlungen ergehen in Fortführung dieser Bemühungen und richten sich in allgemeiner Art an Gemeinwesen, welche mit Aussenwerbeunternehmen Pachtverträge über die Aussenwerbung abschliessen.

3. Im Sekretariat sind zur Zeit Abklärungen betreffend die Anwendbarkeit der materiellrechtlichen Vorschriften des KG auf diese Pachtverträge im Gange. Im Vordergrund steht die Frage, ob im Zusammenhang mit den Pachtverträgen eine missbräuchliche Verhaltensweise von Seiten der Gemeinwesen oder einzelner Aussenwerbeunternehmen vorliegt. Diese Arbeiten werden unabhängig von diesen Empfehlungen weiter geführt.

## **B. Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM)**

4. Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM) ist am 1. Juli 1996 in Kraft getreten. Seit dem 1. Juli 1998 ist es vollumfänglich anwendbar<sup>5</sup>. Das BGBM richtet sich gegen Marktzugangsbeschränkungen im öffentlichen Recht von Bund, Kantonen und Gemeinden.

5. Gemäss Art. 8 Abs. 1 BGBM überwacht die Wettbewerbskommission die Einhaltung des Gesetzes durch Bund, Kantone, Gemeinden sowie anderer Träger öffentlicher Aufgaben. Sie kann Bund, Kantone und Gemeinden Empfehlungen zu vorgesehenen und bestehenden Erlassen abgeben. Sie kann ferner Untersuchungen durchführen

---

<sup>1</sup> Bericht über die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt für Aussenwerbung, Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission, VKKP 1982 Heft 4, S. 235 ff., (Bericht Kartellkommission).

<sup>2</sup> Bericht Kartellkommission, VKKP 1982 S. 267f.

<sup>3</sup> RPW/DPC 1997/2 S. 132 ff.

<sup>4</sup> RPW/DPC 1997/2 S. 212 ff.

<sup>5</sup> SR 943.02. Die Rechtsschutzbestimmungen in Bezug auf das öffentliche Beschaffungswesen sind auf den 1. Juli 1998 hin in Kraft gesetzt worden. Mit diesem Datum endet auch die zweijährige Übergangsfrist gemäss Art. 11 Abs. 1 BGBM, AS 1996 1738, 1742.

und den betreffenden Behörden Empfehlungen abgeben (Art. 8 Abs. 2 und 3 BGBM).

## 1 Die Anwendbarkeit des BGBM

6. Gemäss Art. 5 Abs. 1 BGBM fallen sämtliche Auslagen von Kantonen, Gemeinden oder anderen Trägern öffentlicher Aufgaben, die zur Erledigung von öffentlichen Aufgaben getätigt werden, unter das BGBM (vgl. Art. 5 Abs. 2 BGBM, Art. 2 Abs. 2 BGBM und Art. 11 Abs. 2 BGBM: ". . . und andere Träger öffentlicher Aufgaben"). Erfasst werden somit sämtliche Beschaffungen, die zur Erledigung von öffentlichen Aufgaben getätigt werden, unabhängig vom Beschaffungsvolumen, von Schwellenwerten oder von der Art der Beschaffung<sup>6</sup>.

7. Die Pachtverträge der Gemeinwesen mit Aussenwerbegesellschaften betreffend Aussenwerbung weisen Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens auf. Die konzessionierten Unternehmen nehmen öffentliche Aufgaben der Gemeinwesen wahr (z. B. zeitliche und tarifmässige Vorzugsbehandlung der politischen Werbung, Anschlagens der offiziellen Militärplakate, Plakatstellen für kulturelle Werbung) und nehmen dabei zum Teil für die Gemeinden erhebliche Investitionen vor (Aufstellen von Busunterständen, Bau und Unterhalt von öffentlichen Toiletten, etc.)<sup>7</sup>. Art. 5 BGBM ist daher auf die Pachtverträge anwendbar, im Rahmen derer öffentliche Aufgaben übernommen und Investitionen für die Gemeinwesen getätigt werden.

8. Die Pachtverträge können für die Gemeinwesen gleichzeitig eine Einnahmequelle darstellen. Dies spricht jedoch nicht gegen die Anwendbarkeit des BGBM. Die Übernahme der öffentlichen Aufgaben und die Investitionstätigkeiten durch die Aussenwerbegesellschaften erfolgen im Austausch mit der Verleihung des ausschliesslichen Rechts zur Bewirtschaftung des öffentlichen Grundes für die Aussenwerbung. Der wirtschaftliche Wert der Konzession überwiegt dabei den Geldwert der Aufwendungen der Aussenwerbegesellschaften, so dass für die Gemeinwesen aus den Pachtverträgen ein Ertrag resultiert. Würden die Aufgaben von Unternehmen übernommen, ohne dass sie eine Konzession erhielten, so hätten die Gemeinwesen für diese Leistungen entsprechend zu bezahlen, was ohne Zweifel als öffentliche Beschaffung zu qualifizieren ist.

---

<sup>6</sup> ATF 125 II 86 ff., considérant 1 c; Recommandations de la Commission de la concurrence du 6 juillet 1998 concernant le projet de loi sur les marchés publics du Canton de Neuchâtel du 6 mai 1998, RPW/DPC 1998/2 S. 336 ff., Ziffer 9 S. 338.

<sup>7</sup> Vgl. Bericht Kartellkommission, VKKP 1982 S. 252, Fn. 12.

## **2 Die Mindestanforderungen des BGBM an das Submissionswesen von Kantonen und Gemeinden**

9. Das BGBM enthält für das Beschaffungswesen der Kantone und Gemeinden verbindliche Mindestvorschriften. Es sind dies:

- Die Einhaltung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung (Art. 5 i.V.m. Art. 3 BGBM),
- die Publikation umfangreicher Vorhaben sowie der Kriterien für Teilnahme und Zuschlag im Vergabeverfahren (Art. 5 Abs. 2 BGBM), und
- die Vorschrift, dass Beschränkungen des Marktzuganges in Form von Verfügungen zu erfolgen haben (Art. 9 Abs. 1 BGBM) und dass das kantonale Recht wenigstens ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige kantonale Beschwerdeinstanz vorsieht (Art. 9 Abs. 2 BGBM).

10. Von diesen Minimalanforderungen darf nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM abgewichen werden. Die Beschränkungen müssen demnach gleichermassen auch für Ortsansässige gelten, im überwiegenden öffentlichen Interesse erfolgen und verhältnismässig sein. Ferner dürfen sie in keinem Fall ein verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen beinhalten. Das BGBM stellt demnach keine detaillierten Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen auf, sondern dient der Durchsetzung des diskriminierungsfreien Marktzuganges.

### **C. Die Pflicht zur Publikation von Pachtverträgen betreffend Aussenwerbung**

11. Gemäss Art. 5 Abs. 2 BGBM sind umfangreiche Vorhaben sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag zu publizieren. Der Begriff "umfangreich" ist im Zusammenhang mit den Mindestanforderungen von Art. 5 in Verbindung mit Art. 3 BGBM zu interpretieren und verweist auf die Vergabeverfahren. Das offene Vergabeverfahren ist aus Sicht des diskriminierungsfreien Marktzugangs und des Wettbewerbs gegenüber dem Einladungsverfahren oder der direkten Vergabe zu bevorzugen.

12. Die Aufwendungen der Aussenwerbegesellschaften für die Investitionen und die Übernahme der öffentlichen Aufgaben für die Dauer von bis zu 12 Jahren können einen Wert von mehreren Millionen Franken betragen. Es handelt sich somit um umfangreiche Vorhaben im Sinne des BGBM. Die Gemeinwesen sind gemäss Art. 5 Abs. 2 BGBM verpflichtet, bezüglich der Verpachtung des öffentlichen Grundes zu Zwecken der Aussenwerbung ein offenes Verfahren

durchzuführen und sämtliche Kriterien für Teilnahme und Zuschlag in der Publikation aufzuführen<sup>8</sup>.

13. Werden diese Pachtverträge über die Aussenwerbung auf dem öffentlichen Grund der Gemeinwesen nicht im Wettbewerb vergeben, so stellt dies eine Beschränkung des Marktzuganges nach Art. 9 Abs. 1 BGBM dar. Unternehmen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz, welche bei der Vergabe nicht berücksichtigt worden sind, haben das Recht auf den Erlass einer Verfügung, welche bei einer verwaltungsunabhängigen kantonalen Beschwerdeinstanz angefochten werden kann. Dieser Entscheid kann allenfalls mit staatsrechtlicher Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 9 Abs. 2 BGBM)<sup>9</sup>.

#### **D. Die Dauer der Pachtverträge, die stillschweigende Erneuerung und die Optionsklausel**

14. Gemäss den Darstellungen in den schriftlichen Eingaben und in der Presse haben die Pachtverträge eine Vertragsdauer, die zum Teil zwölf Jahre erreichen kann. Zudem sind sie mit Klauseln über die stillschweigende Erneuerung versehen, wonach der Pachtvertrag für weitere 5 Jahre dauern soll, sofern er nicht eineinhalb Jahre vor Ablauf gekündigt wird. Ergänzt wird diese Regelung durch sogenannte Optionsklauseln, wonach der Aussenwerbegesellschaft bei einer Neuverpachtung des Anschlagsrechts bei gleichen Bedingungen das Vorzugsrecht gegenüber andern Aussenwerbegesellschaften zusteht.

15. In den Pachtverträgen räumen die Gemeinwesen den Aussenwerbegesellschaften das Alleinrecht für den Anschlag von Plakaten und anderen Formen der Aussenwerbung ein. Das betreffende Unternehmen verfügt auf dem Gebiet des Gemeinwesens für die Dauer des Vertrages über ein Monopol betreffend die Aussenwerbung, da Drittunternehmen der Marktzugang verwehrt wird.

#### **1 Angemessene Dauer der Pachtverträge**

16. Aus Sicht des Binnenmarktes und aus wettbewerblicher Sicht sind eine solche Marktzugangsbeschränkung und damit Monopolisierung der Aussenwerbung auf dem Gebiet des Gemeinwesens nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM zulässig. Insbesondere ist das Verhältnismässigkeitsprinzip zu wahren. Die Einräumung eines ausschliesslichen Rechts sowie die Dauer der Pachtverträge müssen aus betriebswirtschaftlichen Gründen (z. B. Amortisation von Investitionen, Pachtzins) angezeigt und den Verhältnissen angemessen sein. Geht die Laufzeit der Pachtvertrages über die aus betriebswirtschaft-

---

<sup>8</sup> Vgl. RPW/DPC 1997/2 S. 212 ff., 215.

<sup>9</sup> Vgl. RPW/DPC 1997/2 S. 212 ff., 214.

lichen Gründen angezeigte Dauer hinaus, so liegt für die zu lange Zeitdauer eine unzulässige Marktzugangsbeschränkung vor.

## **2 Keine stillschweigende Erneuerung**

17. Klauseln betreffend die stillschweigende Vertragserneuerung verhindern, dass nach dem ordentlichen Vertragsablauf eine Publikation durchgeführt und den Mitbewerberinnen und Mitbewerbern die Möglichkeit gegeben wird, sich um den Pachtvertrag zu bewerben. Nach Ansicht der Wettbewerbskommission schliesst eine stillschweigende Vertragserneuerung in vorliegendem Fall die anderen Anbieterinnen und Anbieter über das aus betriebswirtschaftlichen Gründen notwendige Mass hinaus vom Markt aus und stellt daher eine Marktzugangsbeschränkung nach Art. 9 Abs. 1 BGBM dar. Vorbehalten bleibt der Nachweis des Gegenteils im Einzelfall.

18. Die laufenden Pachtverträge mit stillschweigender Erneuerung sind daher auf den Ablauf der ordentlichen Vertragsdauer hin zu kündigen und nach Ablauf im Rahmen eines offenen Vergabeverfahrens mit derjenigen Aussenwerbegesellschaft neu abzuschliessen, welche nach Massgabe der publizierten Zuschlagskriterien das vorteilhafteste Angebot macht.

## **3 Keine Optionsklauseln**

19. Optionsklauseln, welche der Aussenwerbegesellschaft bei einer Neuverpachtung des Anschlagsrechts bei gleichen Bedingungen ein Vorzugsrecht gegenüber Konkurrenzunternehmen einräumen, sind aus Sicht des Vergaberechts abzulehnen. Sie stellen eine Diskriminierung der Konkurrenzunternehmen dar, da die neue Vergabe nicht in einem offenen Verfahren erfolgt, im Rahmen dessen sich alle Unternehmen gleichberechtigt bewerben können. Optionsklauseln stehen im Widerspruch zum BGBM.

20. Eine Publikation der Vergabe von Pachtverträgen ermöglicht es den Gemeinwesen zudem, dass sie zu den besten Bedingungen abschliessen können. Kurzfristig betrachtet und auf den Einzelfall angewendet scheint dies zwar auch mit einer Optionsklausel möglich zu sein. Die Aussenwerbegesellschaft offeriert schlussendlich zu den günstigsten Bedingungen der Konkurrenz. Diese Ansicht lässt jedoch ausser Betracht, dass der Aussenwerbegesellschaft gegenüber den Konkurrenzunternehmen ein erheblicher Wettbewerbsvorteil eingeräumt wird. Sie kann ihre Offerte solange der Konkurrenz anpassen, wie sie es für angemessen erachtet und hat damit jederzeit die Möglichkeit zu entscheiden, ob sie die Pacht übernehmen und damit die Konkurrenz ausschliessen will oder nicht. Zudem werden die Konkurrenzunternehmen diskriminiert, da sie keine derartige "Nachbesserungsmöglichkeit" haben.

21. Ebenfalls zu berücksichtigen ist die allfällige Bündelungswirkung. Schliessen eine Vielzahl von Gemeinwesen mit ein und demsel-

ben Aussenwerbeunternehmen Pachtverträge mit Optionsklausel ab, so erreicht dieses eine Marktposition, welche es Konkurrenzunternehmen verunmöglichen kann, auf dem Markt überhaupt Fuss zu fassen oder ihre Marktposition mit innovativen Dienstleistungen aufzubauen. Mit einer Optionsklausel können somit die aktuelle Konkurrenz verdrängt und Marktzutrittsschranken für neue Konkurrenz geschaffen werden<sup>10</sup>. Dies kann schlussendlich dazu führen, dass die Gemeinwesen die Bedingungen eines Aussenwerbeunternehmens mit sehr starker Marktposition akzeptieren müssen, da keine Alternative zur Verfügung steht. Optionsklauseln sind aus wettbewerblicher Sicht daher abzulehnen. Ob und inwiefern sie nach Massgabe des materiellen Kartellrechts zu beanstanden sind, wird im Rahmen der laufenden Arbeiten im Sekretariat abgeklärt.

22. Auf die Aufnahme von Optionsklauseln in die Pachtverträge ist somit zu verzichten. Aktuelle Pachtverträge mit Optionsklauseln sind auf den ordentlichen Ablauf des Pachtvertrages hin zu kündigen, neu auszuschreiben und mit derjenigen Aussenwerbebesellschaft neu abzuschliessen, welche nach Massgabe der publizierten Zuschlagskriterien das vorteilhafteste Angebot macht.

### **E. Empfehlungen**

23. Die Wettbewerbskommission empfiehlt den Gemeinwesen daher:

1. Vorhaben für den Abschluss von Pachtverträgen mit Aussenwerbebesellschaften betreffend Erteilung von Konzessionen für die Aussenwerbung im offenen Vergabeverfahren mit Publikation sämtlicher Teilnahme- und Vergabekriterien durchzuführen, wie dies Art. 5 Abs. 2 BGBM vorschreibt;
2. Die Laufzeit von Pachtverträgen mit Aussenwerbebesellschaften betreffend Erteilung von Konzessionen für die Aussenwerbung auf die betriebswirtschaftlich notwendige Dauer zu beschränken;
3. Laufende Pachtverträge mit stillschweigender Vertragserneuerung auf den Ablauf der ordentlichen Vertragsdauer hin zu kündigen und ein neues, offenes Vergabeverfahren mit Publikation sämtlicher Teilnahme- und Vergabekriterien durchzuführen, sowie beim Abschluss neuer Pachtverträge auf Klauseln betreffend stillschweigende Vertragserneuerungen zu verzichten;
4. Laufende Pachtverträge mit Optionsklauseln auf den Ablauf der ordentlichen Vertragsdauer hin zu kündigen und ein neues, offenes Vergabeverfahren mit Publikation sämtlicher Teilnahme-

---

<sup>10</sup> Vgl. auch Bericht Kartellkommission, VKKP 1982 S. 253, 261.

und Vergabekriterien durchzuführen sowie beim Abschluss von neuen Pachtverträgen auf Optionsklauseln zu verzichten.

**Anmerkung:** Das Bundesgericht hat mit dem erst kürzlich publizierten Urteil vom 26. April 1999 im Fall JC Decaux Entscheide gefällt, die mit den Empfehlungen der Wettbewerbskommission zum Teil nicht übereinstimmen. Das Urteil 2P.262/1997 ist zur amtlichen Publikation vorgesehen.