

Compliance Berater



10 / 2018

Betriebs-Berater Compliance

4.10.2018 | 6.Jg
Seiten 349–392

EDITORIAL

Cybercrime Reloaded – vom Opfer zum Täter? | 1

Jörg Bielefeld

AUFSÄTZE

**Rechtlicher und tatsächlicher Nutzen von Compliance-Testaten
im Rahmen der Sanktionierung von Verstößen gegen US-Gesetze | 349**

Dr. Moritz Jenne, Ass. jur., und Dr. Jan Henning Martens, RA

Product Governance als Bestandteil des Compliance Managements | 355

Anika Feger, RAin, CCP

**Länderreport Südafrika: Der arbeitsrechtliche Schutz des Whistle-
blowers nach südafrikanischem Recht – Ein Vorbild für den deutschen
Gesetzgeber? | 362**

David Johnson, RA

**Food-Compliance: Herausforderungen an die Kommunikation in der
Lebensmittelbranche | 368**

Sybille Geitel

Kartellrechts-Compliance: Mietvertragliche Konkurrenzschutzklauseln | 372

Dr. Friedrich Scheuffele

Immobilienwirtschaft: Compliance schützt und schafft Vertrauen | 379

Jürgen Buchelt

RECHTSPRECHUNG

BGH: Darlegungslast bei Schadensersatz wegen Schmiergeldabrede

mit CB-Kommentar von Dr. Malte Passarge | 384

**OLG München: Ausschluss des Einsichtsrechts der Kommanditisten
in Geschäftsunterlagen | 391**

CB-BEITRAG

Dr. Friedrich Scheuffele

Kartellrechts-Compliance: Mietvertragliche Konkurrenzschutzklauseln

Bezweckte, bewirkte oder vertragsimmanente Wettbewerbsbeschränkungen?

Der „vertragsgemäße Gebrauch“ von Gewerberäumlichkeiten kann auch ohne ausdrückliche Regelung die Verpflichtung des Vermieters zu Konkurrenzschutz beinhalten. Häufig werden aber Konkurrenzschutzklauseln vereinbart. Je weiter deren Reichweite über das Mietobjekt hinausgeht, desto stärker tritt ihr Charakter als allgemeine wirtschaftsrechtliche Regelung zu Tage, die auch wettbewerblich zu würdigen ist. Der vorliegende Beitrag befasst sich mit dieser, sowohl in der mietrechtlichen als auch in der kartellrechtlichen Literatur eher stiefmütterlich behandelten, Schnittstelle.

I. Einleitung

1. Klassischer Konkurrenzschutz

a) Vertragsimmanenter Konkurrenzschutz

Bei der Vermietung von Räumen zum Betrieb eines bestimmten Geschäfts gehört es nach ständiger Rechtsprechung auch ohne vertragliche Regelung zur Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs, in anderen Räumen des Hauses oder auf unmittelbar angrenzenden Grundstücken des Vermieters kein Konkurrenzunternehmen zuzulassen.¹

Allerdings ist der Vermieter nicht gehalten, dem Mieter jeden fühlbaren oder unliebsamen Wettbewerb fernzuhalten. Vielmehr ist unter Berücksichtigung des Vertragszwecks und der örtlichen Gegebenheiten zu prüfen, inwieweit nach Treu und Glauben unter Beachtung der Belange der Parteien der Schutz vor Konkurrenz geboten ist.² Wettbewerb in Nebenartikeln, also außerhalb des Kerns der Angebotspalette des Mieters, wird z. B. als grundsätzlich zumutbar erachtet.³

b) Vertragliche Konkurrenzschutzklauseln

Im Interesse der Rechtsklarheit wird Konkurrenzschutz häufig vertraglich niedergelegt und dabei spezifiziert oder ergänzt, z. B. auf Nebensortiment oder benachbarte Grundstücke des Mieters erstreckt.⁴ Umgekehrt kann Konkurrenzschutz auch ausdrücklich ausgeschlossen werden.

Die explizite Regelung von Konkurrenzschutz schafft v. a. dort Klarheit, wo diskutiert wird, ob Konkurrenzschutz tatsächlich schon vom vertragsgemäßen Gebrauch umfasst ist. So wird bei Einkaufszentren bzw. Geschäftszentren in der Innenstadt vertragsimmanenter Konkurrenzschutz mit dem Hinweis darauf, dass Angebotsvielfalt auch innerhalb einer Branche gerade die Attraktivität solcher Zentren begründe, von manchen verneint.⁵

2. Zustimmung- und Radiusklauseln, Vermieterschutz und nachvertragliche Regelungen

Es sind auch Klauselgestaltungen denkbar, die über diese klassische Grundkonstellation hinausgehen.

So kann dem Mieter ein Zustimmungsvorbehalt bzgl. des Abschlusses von Mietverträgen durch den Vermieter mit anderen Mietern eingeräumt werden. Dem Vermieter kann untersagt werden, in einem bestimmten Umkreis (Radiusklausel) vom Mietobjekt an Konkurrenten zu vermieten. Eine Radiusklausel kann auch zu Lasten von Mietern verabredet werden, denen untersagt wird, sich in Räumlichkeiten im Umkreis anzusiedeln.

Der Bezug zum vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache ist schließlich fast vollständig aufgehoben, wenn nachvertraglicher Konkurrenzschutz vereinbart wird.

II. Kartellrechtliche Grundlagen

1. Kartellverbot

Gem. § 1 GWB sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, grundsätzlich verboten.

1 BGH, 24.1.1979 – VIII ZR 56/78, NJW 1979, 1404, 1405; OLG Frankfurt a. M., 6.11.1987 – 10 U 102/87, NJW 1988, 396; vgl. schon RG, 3.1.1928 – III 152/27, RGZ 119, 353; RG, 2.2.1931 – VIII 503/30Z 131, 274 ff.

2 BGH, 7.12.1977 – VIII ZR 101/76, NJW 1978, 585, 586; BGH, 11.1.2012 – XII ZR 40/10, NZM 2012, 196, Rn. 33; OLG Frankfurt a. M., 2.3.1989 – 6 U 68/87 – Kart. NJW-RR 1989, 1422, 1423.

3 BGH, 3.7.1985 – VIII ZR 128/84, NJW-RR 1986, 9 – Fliesenfachgeschäft vs. Baumarkt; OLG Hamm, 16.12.1997 – 7 U 64-97, NZM 1998, 511 – Bäckerei vs. Supermarkt.

4 *Menn*, NZM 2017, 688, 692.

5 *Leo/Ghassemi-Tabar*, NZM 2009, 337, 339; *Bub/Bernhard*, FD-MietR 2007, 245482; *Jendrek*, NZM 2000, 1116, 1118; *Kraemer/Ehlert*, in: *Bub/Treier*,

Auch mietvertraglicher Konkurrenzschutz muss sich am Kartellverbot messen. Dieses findet – unabhängig vom Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses – im vertikalen Verhältnis ebenfalls Anwendung, d. h. zwischen auf unterschiedlichen Wirtschaftsstufen tätigen Vertragsparteien. Dabei stellt der die Konkurrenzschutzabrede beinhaltende Mietvertrag den anhand des Kartellverbots zu beurteilenden sog. Erstvertrag dar, der eine der Vertragsparteien hinsichtlich ihrer Zweitverträge (bzw. hinsichtlich etwaiger Konkurrenzausübung) bindet.⁶

2. Teleologische Reduktion und ungeschriebene Tatbestandsmerkmale

a) Funktionsnotwendige Nebenabrede/Immanenzgedanke

Das Kartellverbot wird bzgl. wettbewerbsbeschränkender Nebenabreden in Austauschverträgen teleologisch reduziert. Wettbewerbsverbote sind zulässig, wenn sie als notwendige Nebenabrede erforderlich sind, um den Hauptzweck eines als solchen kartellrechtsneutralen Vertrags, wie z. B. eines Miet- oder Pachtvertrages, zu verwirklichen.⁷ Dies setzt voraus, dass das Wettbewerbsverbot im Hinblick auf Dauer, räumlichen und sachlichen Geltungsbereich sowie die betroffenen Personen nicht über das erforderliche Maß hinausgeht.⁸ Regelmäßig dürften somit vertraglich vereinbarte Wettbewerbsverbote, die sich im Rahmen (miet-) vertragsimmanenten Konkurrenzschutzes⁹ halten (und diesen nur ausformulieren bzw. angemessen konkretisieren), aufgrund teleologischer Reduktion des Kartellverbots unproblematisch sein.¹⁰ So hat das OLG Frankfurt a. M. entschieden, dass die ständige mietrechtliche Rechtsprechung zum vertragsimmanenten Konkurrenzschutz nicht gegen das Kartellverbot verstößt. Maßgeblich ist wiederum, dass die Wettbewerbsbeschränkung nicht über die schutzwerten Interessen der Beteiligten hinausgehen darf.¹¹

b) Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung

Die von einer Konkurrenzschutzabrede ausgehende Wettbewerbsbeschränkung kann aber auch mangels Spürbarkeit kartellrechtlich irrelevant sein.¹² Die Spürbarkeit ist nach ganz h. M. ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des Kartellverbots¹³.

Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen müssen zu einer fühlbaren, praktisch ins Gewicht fallenden Veränderung der Marktverhältnisse führen können.¹⁴ Eine relevante Beeinträchtigung der Wahlmöglichkeiten der Marktgegenseite ist zu verneinen, wenn Auswirkungen zwar theoretisch denkbar sind, die anderen Marktteilnehmer ihren Bedarf aber ohne Nachteile anderweitig decken können.¹⁵ An Spürbarkeit fehlt es auch dann, wenn der relevante Markt wegen der schwachen Stellung der Beteiligten auf ihm nur geringfügig beeinträchtigt wird.¹⁶

Nach der sog. Bündeltheorie ist allerdings nicht nur der einzelne Vertrag zu betrachten, sondern es müssen auch auf dem Markt ggf. bestehende Bindungen zwischen anderen Vertragspartnern in die Beurteilung einbezogen werden¹⁷, die sich in ihrer Gesamtheit als Marktabschottung auswirken könnten. Insoweit kann auch eine „kleine“ Wettbewerbsbeschränkung spürbar werden, wenn sie Teil von umfassenderen Beschränkungen auf dem relevanten Markt ist.¹⁸

3. Irrelevanz der Spürbarkeit bei bezweckter Wettbewerbsbeschränkung

a) EuGH

Nach der neueren Rechtsprechung des EuGH¹⁹ ist die Frage der Spürbarkeit bei einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung

allerdings nicht gesondert zu prüfen. Eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung stellt stets einen Verstoß gegen das Kartellverbot dar. Dies betrifft nicht nur klassische Kernbeschränkungen des Wettbewerbs, wie z. B. Preisbindungen oder Kundenkreisbeschränkungen, sondern alle Absprachen, die als gravierend und damit objektiv bezweckt einzustufen sind. Dies wird auch als qualitative Spürbarkeit bezeichnet.²⁰

Maßgeblich ist für den EuGH²¹ der Inhalt der Absprache und die mit ihr verfolgten Ziele sowie der wirtschaftliche und rechtliche Zusammenhang. Dabei sind auch die Natur der betroffenen Waren und Dienstleistungen, die auf dem betreffenden Markt oder den betreffenden Märkten bestehenden tatsächlichen Bedingungen und die Marktstruktur zu berücksichtigen. Gleichzeitig weist der EuGH aber darauf hin, dass der Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung grundsätzlich eng auszulegen ist²².

b) BGH

Der BGH hatte demgegenüber Spürbarkeit auch im Falle bezweckter Wettbewerbsbeschränkungen für grundsätzlich erforderlich gehalten. Ob er daran im Lichte der EuGH-Rechtsprechung festhalten würde, ließ er zunächst offen und stellte nur fest, dass es bzgl. der Spürbarkeit nicht nur auf die einzelne Klausel ankomme, sondern im

Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiere, 4. Auflage 2014, Rn. 2892; a.A.: *Fiebig*, WUW 2016, 270, 275.

6 *Bechtold/Bosch*, GWB, 9. Auflage 2018, § 1 GWB Rn. 65.

7 Vgl. OLG Düsseldorf, 7.1.2015 – VI-U (Kart) 17/14, Rn. 22.

8 Vgl. *Mohr*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, § 1018 Rn. 53.

9 Siehe Ziff. I.1.a).

10 Vgl. *Bechtold/Bosch*, Fn 6, § 1 GWB Rn. 59; *Krauß*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, 13. Auflage 2018, § 1 Rn. 151 f.

11 OLG Frankfurt a. M., 2.3.1989 – 6 U 68/87 – Kart., NJW-RR 1989, 1422, 1423.

12 OLG Düsseldorf, 7.1.2015 – VI-U (Kart) 17/14, Rn. 23.

13 *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2014, § 1 GWB Rn. 139; *Bechtold/Bosch* (Fn. 6), § 1 GWB Rn. 43; a.A.: *Mohr*, Fn. 8, § 1018 Rn. 54: Spürbarkeit lediglich als Kriterium des Aufgreifermessens.

14 *Bechtold/Bosch* (Fn. 6) § 1 GWB Rn. 44; *Alexander*, in: Großkommentar Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand: 1.1.2018, § 1018 BGB, Rn. 423.5.

15 OLG Frankfurt a. M., 2.3.1989 – 6 U 68/87-Kart., NJW-RR 1989, 1422, 1424: Keine Spürbarkeit bei Marktanteil des Mieters auf seinen Absatzmärkten von nicht mehr als 5%.

16 *Weiß*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 101 Rn. 85; die EU-Kommission legt in ihrer De Minimis-Bekanntmachung (ABl. C 291/1 v. 30.8.2014) die Schwelle der Spürbarkeit bei vertikalen Vereinbarungen unter Nicht-Wettbewerbern (aktuell oder potentiell) bei 15% für jeden Beteiligten bzgl. des Angebots- bzw. Nachfragemarkts fest.

17 OLG Düsseldorf, 7.1.2015 – VI-U (Kart) 17/14, Rn. 23.

18 *Bechtold/Bosch* (Fn. 6) § 1 GWB, Rn. 44; *Weiß*, in: Callies/Ruffert (Fn. 16), Art. 101 Rn. 86; die De Minimis-Bekanntmachung setzt im Fall von Bündeln die Marktanteilsschwelle für Spürbarkeit auf 5% aller am Vertragsbündel gemeinsam Beteiligten fest, wobei Abschottungseffekte unwahrscheinlich sind, wenn weniger als 30% des relevanten Marktes von nebeneinander bestehenden Vereinbarungen gleicher Wirkung (Bündel) abgedeckt werden.

19 EuGH, 13.12.2012 – C-226/11 – Expedia, EuZW 2013, 113; EuGH, 11.9.2014 – C-67/13 P – Groupement des cartes bancaires, EuZW 2014, 901 Rn. 49.

20 *Mohr*, in: Münchener Kommentar BGB (Fn. 8), § 1018 Rn. 54.

21 EuGH, 14. 3. 2013 – C-32/11 – Allianz Hungária, EuZW 2013, 716, Rn. 36; EuGH, 13.12.2012 – C-226/11 – Expedia, EuZW 2013, 113, Rn. 21; EuGH, 23.1.2018 – C-179/16 – Hoffmann-La Roche, NZKart 2018, 84, Rn. 78 ff.

22 EuGH, 11.9.2014 – C-67/13 P – Groupement des cartes bancaires, EuZW 2014, 901 Rn. 58.

vertikalen Verhältnis ggf. auf die Gesamtheit der insoweit jeweils angestrebten Art von Vereinbarungen.²³

In einer aktuellen Entscheidung vom 12.6.2018 hat der BGH unter Bezugnahme auf den EuGH nun ausgeführt, dass sich die Beurteilung, ob ein Austauschvertrag eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, nicht nach den Absichten der Vertragsparteien, sondern danach richtet, ob die getroffenen Vereinbarungen unabhängig von ihren konkreten Auswirkungen ihrer Art nach objektiv geeignet sind, den Wettbewerb auf dem betroffenen Markt zu beeinträchtigen.²⁴

Außerhalb sog. Kernbeschränkungen seien vertikale Absprachen, entsprechend der Rechtsprechung des EuGH, ihrer Natur nach oft weniger schädlich als horizontale Vereinbarungen. Den Standpunkt des EuGH in Bezug auf Konkurrenzschutz referierte der BGH dahin, dass der EuGH eine „Exklusivitätsvereinbarung in einem Geschäftsraummietvertrag über die Vermietung einer Gewerbefläche in einem Einkaufszentrum“ nicht als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung qualifiziert habe.²⁵

III. Kartellrechtliche Entscheidungen zu Konkurrenzschutzklauseln zu Gunsten von Mietern

1. OLG Naumburg: Konkurrenzschutz bei Verpachtung von Lagerräumen

Das OLG Naumburg²⁶ hielt eine Vereinbarung in einem Pachtvertrag über Lagerräume für kartellrechtlich unproblematisch, durch welche der Pächter, ein Agrarhandelsunternehmen, davor geschützt war, dass sein Verpächter, der nur Lagerflächen und Umschlagsleistungen anbot, im selben Bundesland selbst oder durch Dritte unmittelbar oder mittelbar Konkurrenzgeschäfte betreibt.

a) Immanenzgedanke/Funktionsnotwendige Nebenabrede

Für das OLG Naumburg war entscheidend, dass ein – unter Berücksichtigung des Gedankens der Vertragsgerechtigkeit – anerkanntes Interesse dergestalt vorlag, dass ein zeitlich, sachlich und örtlich angemessenes Wettbewerbsverbot u. a. auch die illoyale Ausnutzung der Akquisitionsbemühung des einen Teils durch den anderen verhindern solle. Mit der Konkurrenzschutzabrede soll ein Abwerben von Kunden, mit denen der Vermieter zwangsläufig in Berührung kommt, verhindert werden. Nähere Ausführungen zum berechtigten Interesse des Mieters, den Vermieter künftig von einem Agrarmittelhandel in einem gesamten Bundesland auszuschließen, finden sich nicht.²⁷

b) Keine Spürbarkeit

Im Übrigen verneinte das OLG Naumburg die Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung. Schutzzweck des Kartellverbots sei nicht, die isolierte Benachteiligung eines Einzelnen zu sanktionieren, sondern die Beeinflussung des Waren- und Wirtschaftsverkehrs. Durch das Wettbewerbsverbot wurden weder Mitbewerber benachteiligt, noch Nachfrager veranlasst, Produkte bei der Pächterin zu erwerben.

2. OLG Düsseldorf: Konkurrenzschutz für Flughafenhotel im Erbbaurecht

Das OLG Düsseldorf²⁸ hielt ein Wettbewerbsverbot in einem Erbbaurechtsvertrag über ein Flughafenhotel für nicht (mehr) wirksam, das dem Erbbaurechtsgeber verbot, auf seinem Flughafengelände selbst einen Hotelbetrieb zu eröffnen oder Dritten die Erlaubnis hierzu zu erteilen, oder außerhalb seines Flughafengeländes den Bau eines

flughafennahen Hotels zu unterstützen. Jedenfalls mehr als drei Jahrzehnte nach Vertragsbeginn habe eine solche Wettbewerbsabrede das zulässige Maß überschritten.

a) Keine funktionsnotwendige Nebenabrede/Immanenzgedanke

Zwar anerkannte das OLG Düsseldorf, dass Bau und Unterhaltung eines Flughafenhotels eine hinreichende Aussicht erfordern, ohne Konkurrenz eines weiteren Hotels auf dem Flughafengelände den eigenen Hotelbetrieb am Markt einzuführen und die getätigten Investitionen zu amortisieren. Allerdings würden für eine Markteinführung bereits wenige Jahre ausreichen, in denen ein Kundenstamm aufgebaut und das Flughafenhotel vor Ort etabliert werden könnte. Auch spreche aus Sicht verständiger Vertragsparteien bei Vertragsabschluss im Jahre 1972 mit Blick auf die Amortisation nichts für eine Notwendigkeit einer Zeitspanne von mehr als drei Jahrzehnten, um die für Bau und Unterhaltung des Hotels aufgewendeten Mittel zu erwirtschaften.²⁹

Vertragsimmanenter Konkurrenzschutz stünde lediglich einem konkurrierenden Hotel in unmittelbarer Nähe zum Flughafenhotel entgegen, nicht aber generell auf dem insgesamt 1.000 ha großen Flughafengelände.³⁰

b) Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung

Jedenfalls in Bezug auf nach flughafennaher Unterkunft nachfragende Hotelgäste sei eine Wettbewerbsbeeinträchtigung bezweckt, indem verhindert werden solle, dass dem Flughafenhotel durch ein weiteres Hotel auf dem Flughafengelände eine Konkurrenz um diese Kunden entsteht. Das Wettbewerbsverbot verschaffe dem Erbbauberechtigten auf dem Angebotsmarkt für Hoteldienstleistungen um den Flughafen herum eine bevorzugte Marktstellung. Der wettbewerbsrelevante Standortvorteil liege gerade in der besonderen Nähe zum Flughafen.³¹

c) Spürbarkeit

Die Verhinderung von Konkurrenz in Bezug auf Flugreisende, die eine möglichst ortsnahe Unterbringung zum Terminal wünschen, sei signifikant und übersteige die Grenze der praktischen Relevanz deutlich, weil eben dem Flughafenhotel in Bezug auf Hotelgäste, die eine möglichst flughafennahe Unterbringung nachfragen, über Jahrzehnte eine Alleinstellung verschafft wird.³²

3. BGH: Schilderpräger-Rechtsprechung

Nach der sog. Schilderpräger-Rechtsprechung des BGH³³ darf ein marktbeherrschender Vermieter in begrenzter Zahl zur Verfügung stehende Gewerbeflächen in der Nähe einer Kfz-Zulassungsstelle, die

23 BGH, 17.10.2017 – KZR 59/16 – Vitalkost-Aktion, GRUR-RR 2018, 131, Rn. 25 f.

24 BGH, 12.6.2018 – KZR 4/16 Rn. 31 f.

25 BGH, 12.6.2018 – KZR 4/16 Rn. 38.

26 OLG Naumburg, 15.9.2004 – 1 U 42/04 – WuW/E DE-R 1426 – Düngemittelagerung.

27 Kritisch: Nordemann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, § 1 GWB Rn. 164.

28 OLG Düsseldorf, 29.1.2014 – VI-U (Kart) 19/13.

29 OLG Düsseldorf, 29.1.2014 – VI-U (Kart) 19/13, II B 3 b).

30 OLG Düsseldorf, 29.1.2014 – VI-U (Kart.) 19/13, II B 4.

31 OLG Düsseldorf, 29.1.2014 – VI-U (Kart.) 19/13, II B 2 a).

32 OLG Düsseldorf, 29.1.2014 – VI-U (Kart.) 19/13, II B 2 b).

33 BGH, 8.4.2003 – KZR 39/99, NJW 2003, 2684, 2685; BGH, 13.11.2007 – KZR 22/06, NJW-RR 2008, 634.

sich für den Betrieb eines Schilderträgerunternehmens eignen, nur in der Weise vermieten, dass der Marktzutritt für aktuelle und potentielle Wettbewerber des jeweiligen Mieters nicht für einen längeren Zeitraum als fünf Jahre blockiert wird. Dies setze regelmäßig eine Feststellung des Bedarfs durch Ausschreibung bei der erstmaligen Vermietung sowie die Wiederholung in entsprechenden zeitlichen Abständen voraus.

4. EuGH: Zustimmungsvorbehalt für anderweitige Vermietungen in Einkaufszentrum

Der EuGH qualifizierte ein Zustimmungserfordernis zu Gunsten des Ankermieters eines Einkaufszentrums, einer Supermarktkette, bei Abschluss sonstiger Geschäftsraummietverträge durch den Vermieter nicht als Vereinbarung, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt.³⁴

a) Keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung

Nach Auffassung des EuGH schränke das Zustimmungserfordernis zwar den Zugang weiterer Wettbewerber ein, die Klausel sei aber nicht bereits wesensmäßig schädlich für das Funktionieren des Wettbewerbs.³⁵

Auch wenn das Vorliegen einer vertikalen Vereinbarung keineswegs die Möglichkeit ausschließe, dass eine „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung enthalten ist, gehöre der Zustimmungsvorbehalt nicht zu den Vereinbarungen, die schon ihrem Wesen nach als schädlich für das gute Funktionieren des Wettbewerbs angesehen werden können. Selbst wenn die Klausel möglicherweise eine Einschränkung des Zugangs der Wettbewerber zu bestimmten Einkaufszentren zur Folge hätte, würde dieser Umstand auch unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Begleitumstände nicht offensichtlich bedeuten, dass schon auf Grund des Wesens dieser Klausel der Wettbewerb auf dem relevanten Markt, d. h. dem örtlichen Markt des Lebensmitteleinzelhandels, beeinträchtigt würde.³⁶

b) Bewirkte Wettbewerbsbeschränkung?

Es könnte allenfalls eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung – etwa aufgrund von Bündelwirkungen – vorliegen. Dies erfordere eine Prüfung im Einzelfall, z. B. anhand der Verfügbarkeit und Zugänglichkeit des Gewerbezugs bzw. anhand wirtschaftlicher, administrativer oder rechtlicher Hindernisse.³⁷

IV. Kartellrechtliche Entscheidungen zu Konkurrenzschutzklauseln zu Lasten von Mietern

1. LKartA München: Beschränkung der Nutzung des Mietgegenstandes

Das Landeskartellamt München beanstandete das Verbot der Stadtwerke München (SWM) gegenüber ihrem Mieter Deutsche Städtewerbung, dem Werbemöglichkeiten in und an Verkehrsmitteln der SWM zur Vermarktung überlassen worden waren, die angemieteten Flächen an Konkurrenten der SWM in deren Kerngeschäften zu vergeben.³⁸

a) Bezweckte und bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

Die Vereinbarung stelle eine bezweckte Beschränkung der wettbewerbsrechtlichen Handlungsfreiheiten des Mieters, als Anbieter von Außenwerbeflächen, in der Auswahl seiner Abnehmer dar. Kundenkreisbeschränkungen seien schon der Art nach geeignet, negative Auswirkungen auf den Markt zu haben. Im Übrigen bewirke die

Vereinbarung auch eine Wettbewerbsbeschränkung, da Wettbewerbern der SWM der Zutritt zum Werbemarkt, als Nachfrager von Außenwerbeflächen, tatsächlich erschwert werde, und dies auch Auswirkungen auf den Markt habe, auf dem die Wettbewerber tätig sind.

b) Keine funktionsnotwendige Nebenabrede (Immanenzgedanke)

Funktionsnotwendig wäre die Vermietungsbeschränkung nur, wenn sie für die Durchführung der Hauptvereinbarung objektiv erforderlich wäre und in einem angemessenen Verhältnis zu ihr stünde. Dabei spiele der Gedanke der Vertragsgerechtigkeit eine wichtige Rolle. Insofern entschied das LKartA, dass die Klausel zur Durchführung der Werbenutzungsverträge objektiv nicht erforderlich war.

Da das Kartellverbot die wettbewerbsrechtliche Handlungsfreiheit des Vertragspartners schützt und gleichsam dem Schutz des Wettbewerbs insgesamt diene, war es auch unerheblich, dass die SWM bei einer Direktvermietung in ihrer Entscheidung frei gewesen wären, ob sie selbst ihre Werbeflächen an Konkurrenten vermieten oder nicht.

c) Spürbarkeit

Zur Verneinung von Spürbarkeit müssten alternative Anbieter den Bedarf an Werbeflächen der Konkurrenten der SWM ohne Nachteile anderweitig decken können. Für Spürbarkeit spreche schon der Umstand, dass die SWM durch die in der ganzen Stadt verteilten und im öffentlichen Personennahverkehr liegenden Werbeflächen zentrale und viel frequentierte Standorte haben.

2. BKartA: Räumliche und zeitliche Begrenzungen von Radiusklauseln bei FOC

Das Bundeskartellamt³⁹ hat Radiusklauseln, die Mietern eines Factory Outlet Center (FOC) die Ansiedlung in einem anderen FOC im Umkreis von 150 km verboten, für unzulässig erklärt, soweit solche Klauseln einen Radius von 50 km und eine Laufzeit von fünf Jahren überschreiten.

a) Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung

Die Radiusklausel bezwecke insoweit eine Wettbewerbsbeschränkung, als sie auf den wesentlichen Wettbewerbsparameter des betroffenen Spezialmarkts der Vermietung von Ladenflächen in FOC⁴⁰, nämlich die Freiheit der Auswahl der Marken, die in einem FOC angeboten werden können, gerichtet ist. Betroffen waren ca. 100 Mieter von überhaupt nur ca. 260 Mietern, die in den befragten, anderen zehn FOC ansässig waren. Mit Anzahl und Bedeutung der gesperrten Marken sowie Dauer der Sperrung steige das negative wettbewerbsrechtliche Gewicht der Radiusklausel.⁴¹

Auf dem räumlichen Spezialmarkt für FOC, definiert durch eine Fahrzeit-Isochrone von 90 Minuten⁴², verfügte das FOC als einziger Anbieter zudem über eine einzelmarktbeherrschende Stellung⁴³, auch

34 EuGH, 26.11.2015 – C-345/14 – Maxima Latvija, EuZW 2016, 180.

35 EuGH, 26.11.2015 – C-345/14 – Maxima Latvija, EuZW 2016, 180 Rn. 22.

36 EuGH, 26.11.2015 – C-345/14 – Maxima Latvija, EuZW 2016, 180 Rn. 21 ff.

37 EuGH, 26.11.2015 – C-345/14 – Maxima Latvija, EuZW 2016, 180 Rn. 27 ff.

38 LKartB Bayern, WuW/E DE-V 1548, WUW 2008, 602 ff.

39 BKartA, 26.2.2015 – B 1-62/13.

40 BKartA, 26.2.2015 – B 1-62/13, Rn. 102, 270 f.

41 BKartA, 26.2.2015 – B 1-62/13, Rn. 197.

42 BKartA, 26.2.2015 – B 1-62/13, Rn. 145.

43 BKartA, 26.2.2015 – B 1-62/13, Rn. 146.

wenn es beim Kartellverbot allenfalls auf Spürbarkeit, nicht aber auf das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung ankomme.⁴⁴ Die Einzelmarktbeherrschung des Vermieters habe aber in besonderer Weise eine Durchsetzung der Radiusklausel ermöglicht.⁴⁵

Das BKartA sah die Radiusklausel auch nicht als sachlich gerechtfertigt an, weder zum Schutz vor Kannibalisierungseffekten durch konkurrierende Tätigkeit der eigenen Mieter, noch um ausreichende Warenverfügbarkeit oder die Werthaltigkeit oder Attraktivität des FOC zu gewährleisten bzw. einer Trittbrettfahrer- oder Hold-up-Problematik in Bezug auf transaktionsspezifische Investitionen zu begegnen.⁴⁶

b) Bewirkte und spürbare Wettbewerbsbeschränkung

Jedenfalls, so das BKartA, bewirke die Klausel eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung, da die wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten und die zur Verfügung stehenden Alternativen für die Marktbeteiligten nicht nur unmerklich beeinträchtigt werden. Die Marktanteilsschwelle von 15% gemäß De-Minimis Bekanntmachung der Kommission war überschritten.⁴⁷

Eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung und erhebliche Beschränkung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit wurde in einem 50 km überschreitenden Radius erblickt, und zwar sowohl als Marktzutrittschranke für potentielle Wettbewerber des FOC als auch für die Mieter des FOC. Von diesen habe im Rahmen einer Befragung nur knapp die Hälfte eine Klausel bis 50 km als wirtschaftlich gerechtfertigt angesehen. Aus Ermessensgründen habe das BKartA seinen Beschluss daher auf Klauseln mit einer höheren Reichweite beschränkt.⁴⁸

3. Österreichischer OGH: Radiusklauseln betreffend Einzelhandelsgeschäfte/FOC-Geschäfte

Der Österreichische Oberste Gerichtshof⁴⁹ (OGH) hielt Radiusklauseln im Umkreis eines Einkaufszentrums von vier km in Bezug auf gleiche oder ähnliche Geschäfte und von 50 km in Bezug auf FOC für kartellrechtskonform.

a) Keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung

Der OGH wies darauf hin, dass eine Einschränkung der Handlungsfreiheit in Form von Alleinbezugsverpflichtungen, Wettbewerbsverboten oder langfristigen Abnahmeverpflichtungen nicht automatisch eine Wettbewerbsbeschränkung i. S. d. Kartellverbotes darstelle. Es stehe zwar außer Zweifel, dass Ausschließlichkeitsbindungen nicht nur in die Handlungsfreiheit der Vertragspartner eingreifen, sondern sich auch für die Verfolgung wettbewerbsfeindlicher Ziele eignen. Zu beachten sei aber auch, dass eine Abnehmerbindung grundsätzlich einer Rechtfertigung zugänglich ist, wenn deren Nachweis auch schwierig sein mag.⁵⁰

b) Keine spürbaren, wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen

Es komme mithin entscheidend auf die marktabschottende Wirkung der Vereinbarung an. Insoweit sei zu prüfen, ob und inwieweit sie, ggf. i. V. m. anderen Verträgen dieses Typs (Bündelwirkung), die Möglichkeiten Dritter zum Markteintritt oder zur Ausweitung von Marktanteilen spürbar beeinträchtigt.⁵¹

Dies wurde verneint, da der Marktanteil des Vermieters am relevanten Markt der für Handel und handelsnahe Dienstleistungen verfügbaren Bestandsflächen nur knapp über 15% betrug und die De Minimis-Bekanntmachung der Kommission, die diese Schwelle nennt, weder für die Gerichte bindend, noch als allumfassende Regel gedacht ist.⁵² Die wettbewerbsbeschränkende Wirkung habe zudem

nicht den gesamten relevanten Markt betroffen, sondern lediglich das Gebiet innerhalb des „Radius“. Auch zeitlich sei die Radiusklausel in ihrer Wirkung beschränkt, weil sie nicht über die Dauer der Bestandverhältnisse hinauswirkt. Schließlich hindere die Radiusklausel den Betreiber eines weiteren Einkaufszentrums nicht, seinerseits einen entsprechenden Branchenmix anzubieten. Im Übrigen gab es auch kein Bündel gleicher Vereinbarungen, von dem mehr als 30% des relevanten Markts erfasst gewesen wäre. Daher bestand, in Ermangelung von Anhaltspunkten für eine spürbare Wettbewerbsbeeinträchtigung bei niedrigerem Bindungsgrad, auch unter Berücksichtigung der De Minimis-Bekanntmachung keine Spürbarkeit aufgrund von Bündelwirkungen.⁵³

V. Würdigung

1. Klassischer Konkurrenzschutz/vertragsimmanenter Konkurrenzschutz

a) Grundsätze

Konkurrenzschutzklauseln sind häufig ausschlaggebend für die Entscheidung eines Mieters, Gewerberaum überhaupt anzumieten.⁵⁴ Soweit sich die insoweit dann getroffenen Regelungen inhaltlich als funktionsnotwendige Nebenabrede des Mietverhältnisses darstellen, fallen sie aufgrund teleologischer Reduktion i. d. R. nicht unter das Kartellverbot. Dies gilt insbesondere, wenn sich eine Klausel im Wesentlichen in den Grenzen mietvertragsimmanenter Konkurrenzschutzes hält.

Bei Einkaufszentren stellt sich allerdings die Frage, ob ein Mieter dort mit Schutz vor Konkurrenz als vertragsimmanenter Bestandteil der Gebrauchsgewährung überhaupt rechnen darf. Dafür sprechen die Rentabilitätsüberlegungen des Mieters bei Mietvertragsschluss⁵⁵ sowie ggf. bestehende Machtgefälle bei den Vertragsverhandlungen⁵⁶. Dagegen spricht die Überlegung, dass Einkaufszentren meist über konkurrierende Läden verfügten, bzw. Konkurrenz das Geschäft belebt.⁵⁷ Gerade in Bezug auf Verträge mit Ankermietern ist demgegenüber wieder zu berücksichtigen, dass Einkaufszentren regelmäßig auf deren Ansiedlung angewiesen sind, diese aber oft gewissen Konkurrenzschutz erwarten. Wird dieser gewährt, und kommt es zur Ansiedlung, wirkt Konkurrenzschutz ggf. sogar geschäftsfördernd.⁵⁸ Angesichts dieser Gemengelage an Argumenten dürften Konkurrenzschutzklauseln bzgl. Einkaufszentren, soweit sie nicht über das

44 BKartA, 26.2.2015 – B 1-62/13, Rn. 167.

45 BKartA, 26.2.2015 – B 1-62/13, Rn. 271.

46 BKartA, 26.2.2015 – B 1-62/13, Rn. 199 ff.

47 BKartA, 26.2.2015 – B 1-62/13, Rn. 273, 315; vgl. zur De Minimis-Bekanntmachung Fn. 16 und 18.

48 BKartA, 26.2.2015 – B 1-62/13, Rn. 342 ff.

49 OGH, 12.12.2011, GZ 16 Ok 8/10.

50 OGH, 12.12.2011 – GZ 16 Ok 8/10, Rn. 7.4.

51 OGH, 12.12.2011 – GZ 16 Ok 8/10, Rn. 7.5.

52 OGH, 12.12.2011 – GZ 16 Ok 8/10, Rn. 8.1 und 8.3; vgl. zur De Minimis-Bekanntmachung Fn. 16.

53 OGH, 12.12.2011 – GZ 16 Ok 8/10, Rn. 8.5 f. und 9.1 ff.; vgl. zur De Minimis-Bekanntmachung Fn. 16 und 18.

54 *Maritzen*, in: Busche/Röhling (Fn. 20), § 1 GWB, Rn. 350;

55 Vgl. *Maritzen*, in: Busche/Röhling (Fn. 20), § 1 GWB, Rn. 349

56 Vgl. *Leo/Ghassemi-Tabar*, NZM 2009, 337, 340.

57 *Lehr*, in: Hannemann/Wiegner, Münchener Anwaltshandbuch Mietrecht, 4. Auflage 2014, § 55 Rn. 68; *Kraemer/Ehlert*, in: Bub/Treier (Fn. 5), Rn. 2892.

58 *Fiebig*, WUV 2016, 270, 275.

übliche – bei hypothetischem vertragsimmanentem Konkurrenzschutz bestehende – Maß hinausgehen, jedenfalls keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellen. Die Belange und Interessen der Parteien i. S. d. Vertragsgerechtigkeit berücksichtigende, räumlich, zeitlich und sachlich angemessene Konkurrenzschutzregeln können darüber hinaus auch bei Mietverhältnissen für Einkaufszentren schon als funktionsnotwendige Nebenabrede gerechtfertigt sein.⁵⁹

So hat der BGH in einer Entscheidung vertragsimmanenten Konkurrenzschutz im Einkaufszentrum zwar verneint, aber gleichzeitig darauf hingewiesen, dass eine entsprechende vertragliche Vereinbarung hierüber hätte getroffen werden können.⁶⁰

b) Ausnahmen

Vorstehendes bedeutet nicht, dass Konkurrenzschutz in Mietverträgen stets in kartellrechtskonformer Weise vereinbart werden kann.⁶¹ Einer kritischen Überprüfung anhand des Kartellverbotes bedürfen v. a. Sachverhalte, in denen es zu Abschottungseffekten kommen kann. Dabei sind einerseits möglicherweise spürbare Auswirkungen der Konkurrenzschutzklausel auf die Auswahlmöglichkeiten der Kunden des Mieters, bzw. generell der Verbraucher⁶², im Blick zu halten, sei es auch nur aufgrund von Bündelungseffekten für sich genommener „unkritischer“ Konkurrenzschutzregelungen.⁶³ Andererseits ist eine ggf. starke Marktstellung des Vermieters zu berücksichtigen. Marktmächtige Vermieter unterliegen ohnehin – wie die Schilderpräger-Rechtsprechung⁶⁴ zeigt – besonderen Verhaltensanforderungen. Zwar meinen manche, dass diese Rechtsprechung nicht derart zu verallgemeinern ist, dass marktmächtige Betreiber von Einkaufszentren oder sonstige Anbieter von Mietflächen mit besonderen Standortvorteilen für bestimmte Gewerbebezüge stets Beschränkungen in Bezug auf Konkurrenten des Mieters unterliegen.⁶⁵ Andere folgern demgegenüber durchaus, dass die Vereinbarung von Konkurrenzschutz unzulässig ist, wenn bei Vorliegen großer Marktmacht des Vermieters ein Vermietungsverbot an die Konkurrenz des Mieters jeden wirksamen Wettbewerb mit dem Mieter ausschaltet; geht mit einem Mietvertrag durch die Vermietung der gesamten Flächen an einen Mieter zwangsläufig Konkurrenzschutz einher, müsse der Vermieter die Vermietung, entsprechend der Schilderpräger-Rechtsprechung, ordnungsgemäß ausschreiben und auf einen angemessenen Zeitraum beschränken.⁶⁶

c) Nachvertragliche Regelungen

Konkurrenzschutz, als funktionsnotwendige Nebenabrede eines Mietvertrags, ist grundsätzlich auf die Dauer des Mietverhältnisses beschränkt. Nachvertragliche Konkurrenzschutzklauseln zu Gunsten des Mieters haben mit dem Mietverhältnis nichts mehr zu tun und sind am Kartellverbot zu messen.

Zu Gunsten eines Verpächters kann nachvertraglicher Konkurrenzschutz, ggf. spiegelbildlich zu dem zunächst dem Pächter gewährten Konkurrenzschutz, ausnahmsweise gerechtfertigt sein, wenn es darum geht, den verpachteten Kundenstamm am Ende des Pachtverhältnisses auf den neuen Betreiber des verpachteten Gegenstandes überzuleiten.⁶⁷ Im Übrigen kann auch ein Vermieter ein berechtigtes Interesse haben, einen Konkurrenzbetrieb des ausscheidenden Mieters vor Ort bis zur Einführung und Konsolidierung des Nachmieters am Markt zu verhindern. Entsprechender nachvertraglicher Konkurrenzschutz ist aber, um eine funktionsnotwendige Nebenabrede darzustellen, räumlich und zeitlich angemessen zu beschränken.⁶⁸

2. Radius- und Zustimmungsklauseln sowie Vermieter-schutz

a) Zustimmungsvorbehalt zu Gunsten Mieter

Den mit einem Zustimmungsvorbehalt zu Gunsten des Ankermieters eines Einkaufszentrum de facto eingeräumten Konkurrenzschutz⁶⁹, bzw. die damit verbundene Exklusivität⁷⁰, hat der EuGH nicht als bezweckte (und damit per se verbotene) Wettbewerbsbeschränkung angesehen.⁷¹

Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen sind möglich, wenn Wettbewerber des begünstigten Mieters tatsächlich davon abgehalten werden, im relevanten Einzugsgebiet wirksam Wettbewerb zu betreiben, weil in unmittelbarer Nähe keine alternativen Ladenlokale existieren.⁷² Maßgeblich ist, ob die Vereinbarung im Mietvertrag zu einer Erschwerung des Zugangs zum relevanten Markt führt und dadurch erheblich zu einer Abschottung dieses Marktes beiträgt.⁷³

b) Radiusklauseln

Gerade marktstarke Einzelhandelsmieter bestehen aber regelmäßig nicht nur auf Konkurrenzschutz bzgl. Sortiment oder Branche oder wünschen Einflussmöglichkeiten (vgl. Zustimmungsvorbehalte), sondern fordern auch einen räumlichen Schutzradius.⁷⁴ Dies betrifft nicht nur Vermieter von Einzelhandelszentren, sondern z. B. auch regional aktive Projektentwickler, von denen verlangt wird, innerhalb eines bestimmten Radius um einen von ihm errichteten Discounter-Solitär keine Flächen für Wettbewerber zu schaffen.⁷⁵

aa) Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung?

Auch bezüglich solcher Regelungen gilt, dass noch nicht allein deshalb eine bezweckte (und damit per se verbotene) Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, weil beabsichtigt ist, eine eventuelle Mietmöglichkeit für Konkurrenten des Mieters auszuschließen. Vielmehr ist, wie der BGH unter Berufung auf die Rechtsprechung des EuGH ausgeführt hat, der Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung eng auszulegen. Maßgeblich ist, ob die Beschränkung schon ihrer Natur nach schädlich für das gute Funktionieren normalen Wettbewerbs ist.⁷⁶

Einen allgemeinen Erfahrungssatz, dass Exklusivitätsvereinbarungen typischerweise Preiserhöhungen oder eine Verringerung des

59 Vgl. *Fiebig*, WUW 2016, 270, 275.

60 BGH, 24.1.1979 – VIII ZR 56/78, NJW 1979, 1404.

61 *Maritzen*, in: Busche/Röhling (Fn. 20), § 1 GWB Rn. 350.

62 *Maritzen*, in: Busche/Röhling (Fn. 20), § 1 GWB Rn. 349.

63 Siehe Ziff. IV.2.a).

64 Siehe Ziff. III.3.

65 *Kraemer/Ehler*, in: Bub/Treier (Rn. 5), Rn. 3011; *Hübner/Griesbach/Fuerst*, in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummierte, 4. Auflage 2017, Kapitel 14, Rn. 134f.

66 *Nordemann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Fn. 27), § 1 GWB Rn. 164; *Maritzen*, in: Busche/Röhling (Fn. 20), § 1 GWB Rn. 350.

67 Vgl. Konstellation bei OLG Celle, 26.4.1989 – 2 U 74/88, NJW-RR 1990, 974, allerdings ohne kartellrechtliche Würdigung.

68 *Borutzi-Pasing*, in: Hannemann/Wiegner (Fn. 57), § 69 Rn. 44.

69 *Maritzen*, in: Busche/Röhling (Fn. 20), § 1 GWB Rn. 348.

70 BGH, 12.6.2018 – KZR 4/16 Rn. 38.

71 Siehe Ziff. III.4.

72 *Hack/Ghassemi-Tabar*, NZM 2016, 49.

73 *Biebelheimer*, IMR 2016, 110.

74 *Späth*, NZM 2013, 404, 407.

75 *Späth*, NZM 2013, 404, 407; *Menn* NZM 2017, 688, 690.

76 BGH, 12.6.2018 – KZR 4/16, Rn. 31f.

Produktangebots nach sich ziehen,⁷⁷ hat der EuGH – ohne sich überhaupt zu ausführlicherer Begründung veranlasst zu sehen⁷⁸ – in seiner Entscheidung zum Zustimmungsvorbehalt zu Gunsten des Ankermieters nicht angenommen. Darüber hinaus werden, wie der BGH unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH ausgeführt hat, vertikale Vereinbarungen ihrer Natur nach oft als weniger schädlich als horizontale Vereinbarungen angesehen.⁷⁹

Auch die EU-Kommission weist in ihren Vertikal-Leitlinien darauf hin, dass vertikale Beschränkungen i. d. R. mit weniger Nachteilen verbunden sind als horizontale Beschränkungen und sich wettbewerbsrechtliche Bedenken bei den meisten vertikalen Beschränkungen ausschließlich bei unzureichendem Wettbewerb auf mindestens einer (Markt- bzw.) Handelsstufe ergeben, d. h., wenn der Anbieter oder der Abnehmer oder beide über eine gewisse Marktmacht verfügen.⁸⁰

Das Risiko, dass eine Radiusklausel als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung angesehen wird, besteht mithin am ehesten, wenn – wie beim Schilderpräger oder beim flughafennahen Hotel – Marktmacht besteht. Im Übrigen, d. h. vorbehaltlich solcher besonderer wirtschaftlicher Begleitumstände, dürfte bei angemessen gewählten Radien davon auszugehen sein, dass keine bezweckte und damit per se verbotene Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.

bb) Bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen von Radiusklauseln sind wiederum umso eher anzunehmen, je spezieller die betroffenen Märkte und je weitreichender die Konkurrenzschutzradien sind, wie die Entscheidung zum Flughafenhotel⁸¹ zeigt. Umgekehrt mag, folgt man der Ansicht des OLG Naumburg⁸², auf ein komplettes Bundesland bezogener Konkurrenzschutz nicht zu beanstanden sein, stellt man darauf ab, dass die Vereinbarung keinerlei spürbare Auswirkung auf den Markt hat.⁸³ Bei Einkaufszentren auf der grünen Wiese kann die Beurteilung von Konkurrenzschutz für Mieter, wenn es an benachbarten Ansiedlungsmöglichkeiten fehlt, anders zu beurteilen sein, als wenn ein Vermietungsmarkt für Einkaufszentren oder Ladenpassagen im Stadtzentrum betroffen ist.⁸⁴

c) Vermieterschutz

Ein Vermieter wird Konkurrenzschutz regelmäßig nicht schon als funktionsnotwendige Nebenabrede seines Mietverhältnisses rechtfertigen können. Auch in der Spezial-Situation eines FOC zeigte sich das BKartA skeptisch, ob – selbst innerhalb eines kleineren Radius als 50 km – Konkurrenzschutz zum Erfolg eines FOC, bzw. zum Schutz der Mieter vor Kannibalisierung ihres eigenen Angebots, erforderlich ist. An den Nachweis, dass Konkurrenzschutz zu Gunsten des Vermieters funktionsnotwendig ist, dürften jedenfalls hohe Anforderungen zu stellen sein. Im Fall eines FOC müsste eine Klausel wohl ausnahmslos von sämtlichen FOC-Mietern gefordert werden und enge räumliche Grenzen einhalten.

Wie die Entscheidungen des BKartA⁸⁵ und des LKartA⁸⁶ zeigen, dürfte mit Blick auf die Würdigung von Konkurrenzschutz zu Gunsten des Vermieters als bezweckte (per se unzulässige) Wettbewerbsbeschränkung gerade in Situationen, in denen der Vermieter aufgrund besonderer Charakteristika des von ihm bedienten Marktes (Flächen für Außenwerbung an Verkehrsmitteln; Flächen für FOC) ohnehin bereits über eine starke Marktstellung verfügt, Zurückhaltung geboten sein.

Soweit keine besonderen Machtverhältnisse betroffen sind und auch maßvollere Regelungen zum Vermieterschutz getroffen sind, können, wie die Entscheidung des OGH⁸⁷ zeigt, durchaus auch solche

Konkurrenzschutzklauseln kartellrechtskonform getroffen werden, wenn diese, auch unter Berücksichtigung etwaiger Bündelwirkungen, keine spürbaren wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen haben.

VI. Fazit

Konkurrenzschutzklauseln, die sich im Rahmen des mietvertragsimmanenten Konkurrenzschutzes halten, dürften regelmäßig als funktionsnotwendige Nebenabrede vom Kartellverbot nicht erfasst sein. Einer kritischen Würdigung bedürfen allerdings Sachverhalte, bei denen es aufgrund von Bündelwirkungen oder einer marktstarken Stellung des Vermieters zu Abschottungseffekten kommen kann.

Konkurrenzschutzklauseln dürften nur ausnahmsweise, wenn durch sie marktmächtige Mieter oder Vermieter ihre Marktposition zementieren oder ausbauen können, als bezweckte und damit per se verbotene Wettbewerbsbeschränkung anzusehen sein.

Im Übrigen sind Konkurrenzschutzklauseln, die über vertragsimmanenten Konkurrenzschutz hinaus gehen, wie z. B. Radiusklauseln und Klauseln zum Schutz des Vermieters, anhand ihrer Auswirkungen auf die betroffenen Märkte zu würdigen.

AUTOR



Dr. Friedrich Scheuffele, *Licencié en Droit (Universität Caen 1993)*, ist seit 1999 als Rechtsanwalt zugelassen und promovierte 2003 an der Ludwig-Maximilians-Universität München über ein Thema der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle. Er ist Partner der Sozietät Weiss Walter Fischer-Zernin, München, und schwerpunktmäßig in den Bereichen Mergers & Acquisitions sowie Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, einschließlich Vertriebs- und Kartellrecht, tätig. Seine Veröffentlichungen befassen sich ebenfalls mit gesellschafts- und wettbewerbsrechtlichen Fragestellungen.

77 Vgl. *Bernhard*, EuZW 2016, 180, 182.

78 Vgl. *Fiebig*, WuW 2016, 270, 274.

79 BGH, 12.6.2018 – KZR 4/16, Rn. 37.

80 Leitlinien der Kommission für vertikale Beschränkungen v. 19.5.2010, 2010/C 130/01, Rn. 6.

81 Siehe Ziff. III.2.

82 Siehe Ziff. III.1.

83 Kritisch zum berechtigten Interesse des Mieters an derart weitreichendem Schutz: *Nordemann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampf (Fn. 27), § 1 GWB Rn. 164.

84 Praxishinweis NJW-Spezial 2016, 129.

85 Siehe Ziff. IV.2.

86 Siehe Ziff. IV.1.

87 Siehe Ziff. IV.3.

Compliance-Berater Zitierweise CB: / ISSN 2195-6685

CHEFREDAKTION:

Dr. Malte Passarge (V.i.S.d.P.), Passarge, Prudentino & Rhein Rechtsanwälte PartGmbH – Studio Legale, Große Johannisstraße 19, 20457 Hamburg, Tel: 040-4 14 25 51-0, passarge@ppr-recht.de

REDAKTION:

Christina Kahlen-Pappas, Tel. 0151-27 24 56 63, christina.kahlen-pappas@dfv.de

HERAUSGEBER:

Prof. Dr. Frank Beine, WP/StB
 Hanno Hinzmann
 Manuela Mackert
 Dr. Philip Matthey
 Univ.-Prof. Dr. Annemarie Matusche-Beckmann
 Dr. Dirk Christoph Schaubes
 Prof. Dr. Martin Schulz, LL.M. (Yale)
 Eric S. Soong
 Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M. (Harvard), Attorney at law (New York)
 Dr. Martin Wienke

BEIRAT:

Dr. Martin Auer
 Dr. Martin Bünning, RA/StB
 Dr. José Campos Nave, RA/FAHaGesR/FAStR
 Dr. Peter Christ, RA/FAArbR
 Dr. Susanne Jochheim, RAin
 Dr. Ulf Klebeck, RA
 Tobias Neufeld, LL.M. (London), RA/FAArbR, Solicitor (England & Wales)
 Jürgen Pauthner, LL.M. (San Diego), MBA
 Mario Prudentino, RA
 Dr. Manfred Rack, RA
 Dr. Sarah Reinhardt, RAin/FAArbR
 Dr. Roman Reiß, RA/FAStR
 Gunther A. Weiss, LL.M. (Yale), RA, Attorney at law (New York), Advokat (Praha)
 Wolfgang Werths
 Tim Wybitul, RA/FAArbR
 Prof. Dr. Dr. Jörg Zehetner, RA



VERLAG: Deutscher Fachverlag GmbH, Mainzer Landstr. 251, 60326 Frankfurt am Main, Tel. 069-7595-2788, Fax 069-7595-2780, Internet: www.dfv.de, verlag@betriebs-berater.de

GESCHÄFTSFÜHRUNG: Angela Wisken (Sprecherin), Peter Esser, Markus Gotta, Peter Kley, Holger Knapp, Sönke Reimers

AUFSICHTSRAT: Klaus Kottmeier, Andreas Lorch, Catrin Lorch, Peter Ruß

GESAMTVERLAGSLEITUNG FACHMEDIEN RECHT UND WIRTSCHAFT: RA Torsten Kutschke
 Tel. 0 69-75 95-27 01, Torsten.Kutschke@dfv.de

REGISTERGERICHT: AG Frankfurt am Main, HRB 8501

BANKVERBINDUNG: Frankfurter Sparkasse, Frankfurt am Main, Kto.-Nr. 34 926 (BLZ 500 502 01)

In der dfv Mediengruppe, Fachmedien Recht und Wirtschaft, erscheinen außerdem folgende Fachzeitschriften: Betriebs-Berater (BB), Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW), Datenschutz-Berater (DSB), Der Steuerberater (StB), Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS), Kommunikation & Recht (K&R), Netz-wirtschaften & Recht (N&R), Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (ZVgRWiss), Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR), Recht der Finanzinstrumente (RdF), Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP), Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht (In-TeR), Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht (ZLR) und Zeitschrift für Umweltpolitik & Umweltrecht (ZfU), Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht (ZfWG).

ANZEIGEN:

Lena Moneck, lena.moneck@dfv.de
 Es gilt Preisliste Nr. 6.

VERTRIEB: Ayhan Simsek, Tel. 069-7595-2782, ayhan.simsek@dfv.de

ERSCHEINUNGSWEISE: monatlich. Nicht eingegangene Hefte können nur bis zu 10 Tage nach Erscheinen des nächstfolgenden Heftes kostenlos reklamiert werden.

BEZUGSPREISE: Jahresvorzugspreis (11 Ausgaben): 489 Euro inkl. Versandkosten und MwSt., Sonderpreis für Studenten und Referendare: 140,- Euro. Beorderungs-gebühr jährlich (fällt an bei Fremdzahler): 2 Euro netto. Preis des Einzelheftes: 51,95 Euro. Auslandspreise auf Anfrage. Rechnungslegung erfolgt jährlich. Die Abon-nementgebühren sind im Voraus zahlbar. Der Abon-nementvertrag ist auf unbestimmte Zeit geschlossen. Eine Kündigung ist jederzeit bis 3 Monate vor Ende des Bezugszeitraumes möglich. Liegt dem Verlag zu diesem Zeitpunkt keine Kündigung vor, verlängert sich das Abonnement automatisch um ein weiteres Jahr zum dann gültigen Jahrespreis, zahlbar im Voraus. Auslandspreise auf Anfrage. Die Zeitschrift und alle in ihr enthalte-nen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verar-beitung in elektronischen Systemen. Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichts-entscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrecht-lichen Schutz genießen, soweit sie vom Einsender oder von der Redaktion redigiert bzw. erarbeitet sind.

Keine Haftung für unverlangt eingesandte Manuskripte. Mit der Annahme zur Alleinveröffentlichung erwirbt der Verlag alle Rechte, einschließlich der Befugnis zur Einspeicherung in eine Datenbank.

Autorenmerkblatt herunterladbar unter:
 www.compliance-berater.de

© 2018 Deutscher Fachverlag GmbH, Frankfurt am Main

SATZ: fidus Publikations-Service GmbH, Nördlingen

DRUCK: medienhaus Plump GmbH, Rolandsecker Weg 33, 53619 Rheinbreitbach

VORSCHAU CB 11/2018

Tina Balzli, Mirjam Meyer und Jessica Merola
 Länderreport Schweiz

Seyfi Günay

Geldwäsche und Compli-ance im Bankensektor

Jan Patrick Vogel, RA, und Christina Poth

Staatsanwaltlicher Zugriff auf Whistleblower-Meldungen

Dr. Jens Kunz, RA
 Mobile Payments



BB 40/2018

WIRTSCHAFTSRECHT

Prof. Dr. Michael Arnold, RA, und Jan-David Geiger, RA
 Haftung für Compliance-Verstöße im Konzern

Dr. Nico Frehse

Die Angebotsänderung nach § 21 WPÜg – Erfolgs-garant oder doch nur hinausgezögertes Scheitern des öffentlichen Erwerbs- oder Übernahmeangebots?

STEUERRECHT

Prof. Dr. h.c. Rudolf Mellinghoff,
 Präsident des BFH

100 Jahre Steuerrecht-sprechung in Deutschland

Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel,
 Vors. RiBFH

Verluste aus Kapitalvermögen

Prof. Jürgen Brandt, RiBFH

Die Entwicklung der Besteuerung der Einkünfte aus selbständiger Arbeit seit der Gründung des Reichsfi-nanzhofs vor 100 Jahren

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Prof. Dr. habil. Heinrich Weber-Grellet,
 Vors. RiBFH a.D.

100 Jahre Bilanzrechtsprechung durch RFH und BFH

Prof. Dr. Peter Oser, WP/StB, und Dr. Stefan Bischof, WP/StB

Neue Heubeck-Richttafeln: erstmalige Anwendung nach HGB, IFRS und EStG

ARBEITSRECHT

Tobias Neufeld, LL.M., RA/FAArbR/Solicitor

Die Abfindung kollektivrechtlicher Ansprüche auf betriebliche Altersversorgung



Das Compliance-Berater-Serviceteam
 beantwortet Ihnen alle Fragen rund um den CB
Servicetelefon 069/7595-2788, Fax 069/7595-2760
E-Mail kundenservice@compliance-berater.de