

Schwerpunkt

Geschäftsraummiete

Geschäftsraum – Wohnung –
gemischtes Objekt: Abgrenzungskriterien und
Folgen der Zuordnung

Konkurrenzklauseln in Bestandverträgen
über Geschäftsräumlichkeiten

Der Geschäftsraum, der keiner ist –
Vermietung von Wohnungen
an juristische Personen

Wohnungseigentumsrecht
Abschluss einer Gebäudebündelversicherung
durch die Eigentümergemeinschaft

Forum Immobilientreuhänder
Zum Baugutachten nach
§ 37 Abs 4 WEG

Konkurrenzklauseln in Bestandverträgen über Geschäftsräumlichkeiten

Der nachfolgende Beitrag soll einen Überblick über die aktuelle Rechtslage bieten und befasst sich insb mit den Fragen, inwieweit Konkurrenzklauseln wirksam vereinbart werden können und unter welchen Umständen ein Konkurrenzschutz auch dann gilt, wenn er nicht ausdrücklich vereinbart wurde.¹⁾

MARTIN TRAPICHLER

A. Einleitung

In gewerblichen Bestandverträgen,²⁾ so vor allem in Verträgen über Objekte in Einkaufszentren, Factory Outlet Centern, größeren Kaufhäusern, Einkaufspassagen, aber auch bei Hotelimmobilien, finden Konkurrenzschutzklauseln regelmäßige Anwendung. Solche Klauseln können zum Schutz des Bestandgebers oder zum Schutz des Bestandnehmers ausgestaltet sein. Sie schränken also entweder die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit des Bestandnehmers oder jene des Bestandgebers ein, weshalb solche Klauseln auch wettbewerbswidrig sein können. In beiden Fällen bedürfen Konkurrenzklauseln grundsätzlich einer vertraglichen Vereinbarung. Unter bestimmten Umständen besteht Konkurrenzschutz auch ohne ausdrückliche Vereinbarung.

B. Wirksamkeit und Reichweite

1. Zulässigkeit von Konkurrenzklauseln

Die Rechtsordnung anerkennt Konkurrenz- bzw Wettbewerbsverbote, führte diese in einigen Rechtsmaterien einer ausdrücklichen Regelung zu und setzt ihnen Grenzen.³⁾ Konkurrenzklauseln bei Geschäftsraummiet- und Unternehmenspachtverträgen sind nicht gesetzlich geregelt, sind aber im Rahmen der Vertragsfreiheit grundsätzlich, aber nicht unbeschränkt zulässig.⁴⁾ Schranken setzen die (allgemeinen) Bestimmungen über Geltung⁵⁾ und Inhalt⁶⁾ von Verträgen.

2. Unzulässigkeit von Konkurrenzklauseln

Bei der Unzulässigkeit von Konkurrenzklauseln kann zwischen der Unzulässigkeit im Innenverhältnis zwischen den Vertragsparteien einerseits und der Unzulässigkeit im Verhältnis zu Dritten wegen wettbewerbsbeschränkender Wirkung unterschieden werden.

Eine Konkurrenzklausele ist im Innenverhältnis sittenwidrig iSd § 879 Abs 1 ABGB, wenn durch sie Beschränkungen im übergroßen Umfang ohne zeitliche oder örtliche Begrenzungen auferlegt werden oder ein auffallendes Missverhältnis zwischen den durch das Verbot zu schützenden Interessen des einen Vertragsteils und der dem anderen Teil auferlegten Beschränkung besteht.⁷⁾ Ist die Klausele überschießend, wird sie auf das zulässige Maß reduziert;

Mag. *Martin Trapichler* ist Rechtsanwalt in Wien.

- 1) Aufgrund des thematischen Zusammenhangs werden auch Unternehmenspachtverträge mitbehandelt. Die zahlreichen Fragen und Probleme im Zusammenhang mit der Rechtsdurchsetzung von Ansprüchen aus der Verletzung wirksam vereinbarter Konkurrenzklauseln werden am Rande gestreift.
- 2) Geschäftsraummiet- oder (Unternehmens-)Pachtverträge.
- 3) § 112 Abs 2 UGB; § 24 GmbH-G; § 79 AktG; §§ 7, 36 AngG; § 2 c AVRAG; § 25 HVetrG ua.
- 4) RIS-Justiz RS0016609.
- 5) Insb §§ 863, 864 a ABGB.
- 6) Insb §§ 879, 914, 915 ABGB; § 1 UWG; §§ 1, 5 KartG; Art 101, 102 AEUV.
- 7) SZ 24/150; SZ 37/156; RIS-Justiz RS0016609; zuletzt OGH 23. 4. 2014, 4 Ob 46/14 i („Konkurrenzklausele II“).

§§ 879, 1096
ABGB;
§§ 1, 5 KartG;
Art 101, 102
AEUV;
§ 1 UWG

Geschäftsraum-
miete;
Konkurrenz-
schutz;
Radiusklausele;
ergänzende
Vertrags-
auslegung

alles was über das zulässige Maß hinausgeht, ist teils nichtig.⁸⁾

Abgesehen vom klaren, aber in praxi kaum vorkommenden Fall der Unwirksamkeit eines zeitlich, örtlich und sachlich unbeschränkten Konkurrenzverbots trägt der zitierte Rechtssatz wenig zur Lösung der Frage bei, ob zB ein fünfjähriges Konkurrenzverbot oder eine Radiusklausel⁹⁾ von 60 km in concreto noch wirksam oder vielleicht gerade nicht mehr wirksam ist. Tatsächlich ist es im Einzelfall oft schwer vorauszusagen, ob ein vertraglich vereinbartes Konkurrenzverbot der Überprüfung durch die Gerichte standhalten wird. Es gibt aber Anhaltspunkte aus der Rechtsprechung¹⁰⁾ sowie Bekanntmachungen der Europäischen Kommission, die eine Einschätzung leichter machen.

So behandelt etwa die „*Ancillary Restraints-Bekanntmachung*“ der Kommission¹¹⁾ in Punkt III.A Wettbewerbsverbote. Diese Bekanntmachung der Kommission entstammt zwar dem Rechtsgebiet des europäischen Kartellrechts, behandelt Unternehmenszusammenschlüsse und ist weder für europäische noch für nationale Gerichte bindend. Sie ist aber dennoch relevant, weil nationale Gerichte sie als Richtwert und Interpretationsstütze zur Beurteilung auch in Rechtssachen heranziehen, in denen kartellrechtliche Bestimmungen gar nicht angewendet werden.¹²⁾ Konkret nennt etwa Punkt III.A.20 der Bekanntmachung ein maximal dreijähriges Wettbewerbsverbot, wenn sowohl Geschäftswert als auch Know-how übertragen werden, und ein maximal zweijähriges Wettbewerbsverbot, wenn nur der Geschäftswert übertragen wird. In Punkt III.A.22 ist der örtliche Geltungsbereich geregelt. Diese Richtwerte können insb bei Unternehmenspachtverträgen Anwendung finden, wenn dem Unternehmensverpächter – wie das durchaus üblich ist – mittels Konkurrenzklauselel untersagt wird, im selben Bereich tätig zu werden.¹³⁾

Bei einer den Bestandnehmer belastenden Konkurrenzklauselel, etwa einer Radiusklauselel, passen diese Leitlinien aber nicht, da dem Verbot keine Unternehmensübertragung oder -verpachtung zugrunde liegt und idR weder Geschäftswert noch Know-how übertragen werden.

Konkurrenzklauseleln, die es dem Betreiber eines Einkaufszentrums untersagen, ohne Zustimmung des (Anker-)Mieters im selben Einkaufszentrum weitere Unternehmen der gleichen Branche (Konkurrenten) einzumieten, wurden als zulässig (und auch nicht als kartellrechtswidrig) angesehen.¹⁴⁾

3. Radiusklauseleln

Die Zulässigkeit von Radiusklauseleln war bereits mehrfach Gegenstand sowohl von kartellgerichtlichen als auch zivilgerichtlichen Verfahren.¹⁵⁾ Radiusklauseleln sind Bestimmungen, die es (idR) Mietern (Pächtern) in einem Einkaufszentrum verbieten, innerhalb eines bestimmten Radius rund um das Einkaufszentrum weitere Betriebsstätten (weder direkt noch indirekt, zB durch Franchisenehmer oder Strohmänner) zu unterhalten.

Bei Radiusklauseleln ist aus kartellrechtlicher Sicht die Ermittlung und Abgrenzung des relevanten Markts entscheidend. Um den sachlich relevanten Markt zu ermitteln, wird idR (unter Anwendung des sog SSNIP-Tests) gefragt, ob und inwieweit „Produkte“ der Vermieterseite (zB Verkaufsfläche in Einkaufszentrum) aus Sicht der Marktgegenseite (Mieter) mit anderen „Produkten“ (also etwa Verkaufsflächen in Factory Outlet Centern oder in Innenstadtlagen/Einkaufsstraßen) austauschbar sind.¹⁶⁾ Die räumliche Marktabgrenzung bestimmt sich nach dem Kundeneinzugsgebiet, da die Nachfrage nach der Anmietung von Verkaufsflächen auf den Zugang der Kunden ausgerichtet ist, die durch das Einzugsgebiet der infrage stehenden Örtlichkeit (EKZ, FOC, Einkaufsstraße) erreichbar sind.

Es ist offenkundig, dass das Ergebnis einer kartellgerichtlichen Beurteilung davon abhängt, ob der relevante sachliche Markt sich nur auf EKZ, nur auf FOC oder nur auf Innenstadtlagen erstreckt oder ob er sich auf EKZ und FOC und Innenstadtlagen erstreckt.

8) Vgl schon 1 Ob 581/83 mwN.

9) Dazu detaillierter unter Punkt B.3.

10) Wobei anzumerken ist, dass die Frage der (teilweisen) Unwirksamkeit einer Konkurrenzklauselel regelmäßig von den Umständen des Einzelfalls abhängt und damit – abgesehen von einer krassen Fehlbeurteilung – keine für den Rechtszug an den OGH erforderliche erhebliche Rechtsfrage darstellt (4 Ob 46/14 i).

11) Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind (2005/C 56/03).

12) Gestützt wird eine (Teil-)Nichtigkeit der Konkurrenzklauselel auf § 879 Abs 1 ABGB; OGH 23. 4. 2014, 4 Ob 46/14 i („Konkurrenzklauselel II“); OGH 2. 4. 2009, 8 Ob 141/08 f.

13) Siehe dazu auch unten Punkt C.2.b) und C.4.

14) Zustimmungserfordernis eines Mieters zur Inbestandgabe von Flächen über 500 m² an Konkurrenten – *Donauzentrum*-Entscheidungen: LG ZRS Wien 26. 11. 2003, 41 R 169/03 m; OGH 14. 4. 2011, 6 Ob 41/11 i; OGH 30. 4. 2015, 7 Ob 31/15 g, anzuwenden war allerdings das KartG 1988. Vgl auch EuGH 30. 11. 2015, C-345/14, *Maxima Latvija*. Dass ein solches Verbot für den Bestandnehmer tatsächlich wirtschaftliche Vorteile bringt, ist aber nicht zwingend. Zu berücksichtigen sind insbesondere Agglomerationsvorteile, die sich gerade in Einkaufszentren zeigen. Es verwundert daher nicht, dass durch Eröffnung eines Konkurrenzunternehmens mitunter gar keine Gewinneinbußen feststellbar sind und daher etwa eine auf Schadenersatz gerichtete Klage scheitert (6 Ob 138/14 h wobl 2015/117 [*Riss*]).

15) KartG: 16 Ok 2/08 (Radiusklauselel I; RdW 2008, 585); 16 Ok 14/08 (Radiusklauselel II; RdW 2009, 581; ÖZK 2009, 119 [*Pirko*]); 16 Ok 1/09 (Radiusklauselel III; ÖBl-LS 2009/209 bis 212); 16 Ok 8/10 (Radiusklauselel IV; ÖZK 2012, 73 [*Lindner*]; RdW 2012, 339; SZ 2011/148); 16 Ok 6/15 s (Radiusklauselel V; wbl 2016/15 = RdW 2016, 111); UWG: 4 Ob 112/00 z; 4 Ob 202/10 z; 4 Ob 183/10 f; LG Eisenstadt 4 Cg 4/05 w.

16) § 23 KartG; zum hypothetischen Monopolistentest (SSNIP-Test) bei Radiusklauseleln *Palmstorfer*, Radiusklauseleln auf dem Prüfstand des Kartellrechts, wbl 2010, 120; *Pirko*, Ergänzung zum Beitrag von *Palmstorfer* „Radiusklauseleln auf dem Prüfstand des Kartellrechts“ (wbl 2010, 120), wbl 2010, 220; *Lindner*, Die Rechtsfrage „Methode zur Marktabgrenzung“: Die generelle Eignung des SSNIP-Tests unter Artikel 101 und 102 AEUV? Die Fälle Radiusklauselel IV und Flüssiggas, ÖZK 2012, 108, sowie dazu entgegenend *Clemenz*, Paradoxe Ansichten zum SSNIP-Test, ÖZK 2015, 58.

Die von den österreichischen Kartellgerichten entschiedenen Fälle¹⁷⁾ beinhalteten, soweit dies aus den Gerichtsentscheidungen hervorgeht, Radiusklauseln mit folgenden Inhalten:

- Bestandverträge in einem EKZ, Radius zwischen 5 und 15 km (je nach Verhandlungsposition), Bindung für die Dauer des Bestehens des Bestandvertrags (zwischen drei und 15 Jahren), Anteil der betroffenen Bestandverträge: 90%;
- Bestandverträge in einem EKZ, Radius 4 km, Bindung für die Dauer des Bestehens des Bestandvertrags, Anteil der betroffenen Bestandverträge: „ein großer Teil“
- Bestandverträge in einem EKZ, Radius 50 km für FOC, Bindung für die Dauer des Bestehens des Bestandvertrags, Anteil der betroffenen Bestandverträge: „manche“.

Sämtliche dieser Radiusklauseln wurden vom OGH für zulässig erachtet. Wesentliche Entscheidungsvorgänge war dabei die Ermittlung des sachlich relevanten Markts, die bei diesen Entscheidungen alle räumlich in Frage kommenden Einkaufsagglomerationen, also EKZ, Innenstadtlagen und FOC umfasste. Die Marktabgrenzung stellt dabei eine Tatfrage dar,¹⁸⁾ die in kartellgerichtlichen Verfahren von einem Sachverständigen ermittelt wird. Das Ergebnis eines derartigen Sachverständigenutachtens kann in der Praxis nur schwer entkräftet werden.

Dass ein FOC aber weder mit einem „normalen“ Einkaufszentrum noch mit einer Innenstadtagglomeration vergleichbar ist, zeigt anschaulich eine im Jahr 2015 veröffentlichte Entscheidung des deutschen Bundeskartellamts betreffend Radiusklauseln zur Bindung der Bestandnehmer.¹⁹⁾ Das Bundeskartellamt erhob, dass es sich bei einem FOC um ein Einkaufszentrum handelt, in dem eine große Anzahl verschiedener Premiemarkenartikelhersteller ihre Markenartikel (Bekleidung, Schuhe, Sportmode) – Auslaufmodelle, Restposten, Vorjahresware (sog Sekundärvertrieb), bisweilen auch mit kleinen Mängeln behaftet, oder Waren für Markttestzwecke – vergleichsweise günstig durch ausdrückliche Auszeichnung des niedrigeren Preises im Verhältnis zur eigentlichen Preisempfehlung anbieten. Aufgrund dieser spezifischen vorgenannten Eigenschaften sei ein FOC nicht durch andere Vertriebswege, etwa „normale“ Einkaufszentren, den Einzelhandel oder durch den Onlinevertrieb substituierbar. Sachlich relevanter Markt sei daher aus Bestandnehmersicht (nur) der Markt für Vermietung von Ladenflächen in FOC. In Kombination mit einer regionalen räumlichen Marktabgrenzung (Fahrzeit-Isochrone von 90 Minuten um den FOC-Standort) führte diese Marktabgrenzung zu dem Ergebnis, dass das betroffene FOC auf dem relevanten Markt sehr hohe Marktanteile (mit hoher Wahrscheinlichkeit über 80%) und eine überragende Marktstellung hatte. Das Bundeskartellamt beurteilte in weiterer Folge das vom betroffenen FOC angewandte Wettbewerbsverbot in Form von Radiusklauseln gegenüber seinen Mietern als spürbare und bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, die einer Freistellung nicht zugänglich sei. Auf Basis dieser rechtlichen Beurteilung untersagte das Bundeskartellamt dem FOC Radius-

klauseln in seinen Mietverträgen, die einen Luftraum von 50 km und eine Dauer von fünf Jahren ab Vertragsbeginn überschreiten.

C. Konkurrenzschutz ohne Vereinbarung?

1. Allgemeines

Der OGH hat im Jahr 2002 in einer verstärkten Senatsentscheidung (1 Ob 113/02 b) entschieden, dass ein durch die entgegen *vertraglicher* Verpflichtungen des Bestandgebers erfolgte Gründung von Konkurrenzunternehmen im Einzugsbereich des Bestandobjekts (mit-)verursachter erheblicher Rückgang des Geschäftserfolgs des Bestandnehmers (Erfüllungs- und Schadenersatzansprüche sowie) Zinsminderung bzw Zinsbefreiung gem § 1096 Abs 1 ABGB rechtfertigt.

Zu fragen ist in diesem Zusammenhang, ob und wie diese vertragliche Verpflichtung außer durch ausdrückliche Vereinbarung sonst noch entstehen kann (zB konkludent oder durch ergänzende Vertragsauslegung) oder ob sich eine solche Verpflichtung aus den einem Bestandverhältnis inhärenten Pflichten des Bestandgebers ableiten lässt.

2. Konkludenter Konkurrenzschutz/ Konkurrenzschutz aus ergänzender Vertragsauslegung

In mehreren, auch aktuellen Entscheidungen²⁰⁾ wird das Thema des „stillschweigenden Konkurrenzschutzes“ und des „Konkurrenzschutzes aufgrund ergänzender Vertragsauslegung“ behandelt. Tatsächlich hat der OGH bei einem Bestandvertrag jedoch noch nie einen stillschweigend vereinbarten Konkurrenzschutz oder einen Konkurrenzschutz, der sich aus ergänzender Vertragsauslegung ergibt, angenommen. In zwei Entscheidungen, in denen der OGH dem Bestandnehmer Ansprüche, konkret: Mietzinsminderungsansprüche aus dem Umstand nahegelegener Konkurrenzbetriebe ohne vertraglich vereinbarten Konkurrenzschutz zugestanden hat, begründete er den Mietzinsminderungsanspruch weder mit einem stillschweigend vereinbarten Konkurrenzschutz noch (ausdrücklich) mit einem solchen aus ergänzender Vertragsauslegung. In der ersten diesbezüglichen E 8 Ob 502/95 urteilte der OGH, dass das Pachtobjekt (ein Würstelstand) durch die Eröffnung einer am selben Gelände befindlichen Cafeteria weitgehend entwertet wurde, was den Pächter zu einer Minderung des Pachtzinses berechtigen würde. In der E 2 Ob 275/05 p hat der OGH ebenfalls keinen stillschweigenden Konkurrenzschutz oder einen Konkurrenzschutz aus ergänzender Vertragsauslegung angenommen, sondern sprach die in diesem Fall ebenfalls gewährte Mietzinsminderung mit der Begründung zu, dass – ähnlich wie bei dem in 8 Ob 502/95 entschie-

17) FN 15.

18) Mit Ausnahme der zu wählenden Methode, die eine Rechtsfrage darstellt.

19) Beschluss des Bundeskartellamts vom 26. 2. 2015, B 1-62/13.

20) Vgl zuletzt OGH 15. 6. 2016, 7 Ob 42/16 a, und OGH 28. 6. 2016, 8 Ob 48/16 s.

denen Sachverhalt – eine besondere Ausnahmesituation (siehe dazu im Detail Punkt C.3.) vorliege. Diese rechtfertige eine Verschiebung des grundsätzlich vom Bestandnehmer zu tragenden Risikos, dass Dritte im Einzugsbereich des Bestandnehmers ein den Geschäftserfolg des Bestandnehmers beeinträchtigendes Konkurrenzunternehmen eröffnen, auf den Bestandgeber. Auf ein allenfalls schlüssig vereinbartes Konkurrenzverbot oder eines aufgrund ergänzender Vertragsauslegung komme es gar nicht an.

Ein schlüssig vereinbartes Konkurrenzverbot oder ein Konkurrenzverbot aus ergänzender Vertragsauslegung ließe sich tatsächlich wohl auch nur selten ableiten.

a) *Stillschweigendes Konkurrenzverbot*

Gemäß § 863 ABGB erfordert eine stillschweigende Vereinbarung „solche Handlungen, welche mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen“. Die Annahme eines stillschweigend vereinbarten Konkurrenzverbots ohne weitere Indizien hierfür im Vertrag erscheint daher in aller Regel zweifelhaft. Indizien für das Bestehen eines Konkurrenzverbots können aber etwa sein, dass ein solches zwar nicht ausdrücklich im Vertrag genannt ist, aber etwa an das Vorliegen einer (zukünftigen) Konkurrenzsituation vertraglich bestimmte Rechtsfolgen geknüpft wurden, etwa ein für den Fall einer (zukünftigen) Konkurrenzsituation bestehendes Kündigungs- oder Auflösungsrecht des Mieters oder ein Mietzinsanhebungsrecht des Vermieters für den Fall, dass der Mieter innerhalb eines bestimmten Umkreises ein weiteres Geschäft eröffnet. Selbst in diesem Fall bliebe aber fraglich, welchen konkreten Umfang ein solches *stillschweigendes* Konkurrenzverbot hätte, insb ob auch noch andere Rechtsfolgen als die ausdrücklich vereinbarten daraus abgeleitet werden können, wie zB Unterlassungs- oder Schadenersatzansprüche, was angesichts des hier wiederum anzuwendenden § 863 ABGB wohl zu verneinen wäre: Es ist nämlich nicht ohne Weiteres davon auszugehen, dass Parteien, die bereits ganz konkrete Rechtsfolgen an bestimmte Umstände geknüpft haben, stillschweigend noch weitere, insb umfänglich weitere bzw (noch) nachteiligere Rechtsfolgen stillschweigend vereinbart haben bzw vereinbaren wollten.

b) *Ein sich aus Auslegung ergebendes Konkurrenzverbot*

Die Grenzen zwischen einem iSd § 863 ABGB stillschweigend vereinbarten Konkurrenzverbot und einem Konkurrenzverbot, das sich aus Auslegung (§§ 914, 915 ABGB) ergibt, sind mitunter unscharf.

In der bereits unter C.1. zitierten E 1 Ob 113/02b leitete der OGH etwa aus der vertraglichen Bestimmung, wonach die Bestandnehmer eines Restaurants (lediglich) zur Kenntnis nahmen, dass „Dritte“ an Veranstaltungstagen im Bereich des Bade- und Festspielgeländes, in dem sich auch das von den Bestandnehmern betriebene Restaurant befand, „kleine Speisen“ (im Vertrag wurden diese näher angeführt) anbieten, ein (vertragliches) Konkurrenzverbot ab. Er entschied, dass die Vertragsparteien dadurch alle

von den Bestandnehmern hinzunehmenden Konkurrenzverhältnisse (also das Anbieten konkreter „kleiner Speisen“ durch Dritte am Bade- und Festspielgelände) vertraglich festgelegt hätten. „Nach den Grundsätzen des redlichen Geschäftsverkehrs“ konnte – so der OGH – diese Festlegung nur so verstanden werden, dass die Bestandnehmer einer darüber hinausgehenden Konkurrenz (also alles, was über „kleine Speisen“ hinausgeht) nicht ausgesetzt werden würden.

Der Rückgriff auf die Grundsätze oder auf die Übung des redlichen (Geschäfts-)Verkehrs ist ein Auslegungsmittel der einfachen Vertragsauslegung, die dann Anwendung zu finden hat, wenn weder Wortsinn noch Parteienabsicht ein schlüssiges Auslegungsergebnis ergeben, aber auch keine echte Vertragslücke vorliegt.²¹⁾

Ein Konkurrenzverbot, das sich aus einer ergänzenden Vertragsauslegung ergibt, ist hingegen schwerer vorstellbar. Eine Vertragslücke, also ein im Vertrag un geregelter Zustand, an den die Parteien nicht dachten, der aber regelungsbedürftig ist und für den das dispositive Recht keine Lösung bereitstellt, liegt bei Fehlen einer Konkurrenzklausel in aller Regel nicht vor. Denn das Verwendungsrisiko und damit auch das Risiko, dass Dritte im Einzugsbereich des Bestandnehmers ein seinen Geschäftserfolg beeinträchtigendes Konkurrenzunternehmen eröffnen, trägt – wie in jeder marktwirtschaftlich orientierten Rechtsordnung – der Bestandnehmer.²²⁾ Mit anderen Worten: Mit Konkurrenzbetrieben ist immer zu rechnen, weshalb es eine Vertragslücke hinsichtlich später hinzukommender Konkurrenzbetriebe nicht geben kann.

Nicht mit einer Konkurrenz muss allerdings durch den Bestandgeber selbst gerechnet werden. Wenn daher der Verpächter sein Unternehmen verpachtet, wird man ein Konkurrenzverbot zu Lasten des Verpächters daher auch ohne ausdrückliche Vereinbarung kraft ergänzender Vertragsauslegung als vereinbart anzusehen haben.²³⁾ SZ 15/155 leitet aus § 914 ABGB die Verpflichtung des Unternehmensverkäufers ab, nicht nur die Unternehmensaktiva herauszugeben, sondern auch alle Handlungen zu setzen, die es dem Käufer ermöglichen, das Unternehmen mit der bisherigen Kundschaft fortzuführen (wozu insb auch zählt, kein Konkurrenzunternehmen zu eröffnen und Kunden abzuwerben).²⁴⁾

3. „Konkurrenzschutz“ aufgrund der Verletzung des bedungenen Gebrauchs des Bestandgegenstands

Die zentrale Norm, die Pflichten des Bestandgebers zum Inhalt hat, ist § 1096 Abs 1 ABGB. Demnach hat der Bestandgeber das Bestandobjekt in brauch-

21) Hinzuweisen ist darauf, dass der Rückgriff auf „Treu und Glauben“ auch ein wesentliches Element der ergänzenden Vertragsauslegung ist (SZ 2006/143).

22) 1 Ob 113/02b; 9 Ob 54/04p; 7 Ob 42/16a; 8 Ob 48/16s; RIS-Justiz RS0119192.

23) Aicher in *Rummel*, ABGB³ § 1061 Rz 30 mwN; siehe auch unten Punkt C.4.

24) Aicher in *Rummel*, aaO.

barem Zustand zu übergeben und zu erhalten und „den Bestandnehmer im bedungenen Gebrauch nicht zu stören“.

In den E 8 Ob 502/95 und 1 Ob 113/02b deutete der OGH im Hinblick auf die Anwendung der Zinsminderungsvorschrift des § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB an, dass ein gewisser wirtschaftlicher Mindesterfolg des Bestandnehmers stets dem Vertrag über ein dem direkten Absatz dienendes Bestandobjekt zugrunde gelegt „sein dürfte“, da der Verwendungszweck ja ansonsten nahezu verfehlt wäre, wenn der Bestandnehmer nicht zumindest einen gewissen Mindesterfolg verbuchen könnte.

Man könnte aufgrund dieser Andeutung geneigt sein abzuleiten, der bedungene Gebrauch, nämlich die Erzielung eines „gewissen“, nicht näher definierten Mindesterfolgs, sei gestört, wenn der Bestandgeber Konkurrenzbetriebe im Einzugsbereich des Bestandnehmers zulasse, weshalb der Bestandnehmer gegen den Bestandgeber insb Ansprüche aus der Verletzung des § 1096 Abs 1 ABGB geltend machen könne. Zwar ist die Ertragsfähigkeit eines gepachteten Unternehmens eine Eigenschaft der Sache, die Gegenstand einer Qualitätszusage sein kann, da der Ertrag ein, wenn nicht überhaupt *der* wertbestimmende Faktor ist, an dem sich der Bestandnehmer mit seinen Vorstellungen über die Pachtwürdigkeit des Unternehmens und die Angemessenheit des Pachtzinses gewöhnlich orientiert.²⁵⁾ Allein der idR stets vorzufindende Beweggrund einer unternehmerischen Tätigkeit, nämlich die Erzielung von Gewinnen, rechtfertigt allerdings noch nicht, den Bestandgeber in seiner wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit einzuschränken, zumal dieser Beweggrund gleichermaßen auch beim Bestandgeber vorliegt und das Verwendungsrisiko beim Bestandnehmer liegt. Eine einseitige Einschränkung zu Lasten des Bestandgebers wäre ohne das Hinzutreten weiterer Umstände angesichts der gleich gelagerten Interessen daher überschießend und nicht gerechtfertigt bzw läge keine Störung des bedungenen Gebrauchs vor, wenn der Bestandgeber selbst seiner eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit, der Vermietung von Bestandobjekten, nachgeht.

Treten hingegen weitere Umstände hinzu, kann eine Störung des Äquivalenzverhältnisses vorliegen. Solche Umstände, hat der OGH in den bereits unter C.2. zitierten E 8 Ob 502/95 und 2 Ob 275/05 p angenommen. Die diesen Entscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalte sind ähnlich. Zusammengefasst lag beiden Sachverhalten zugrunde, dass

- die Konkurrenzsituation in einem abgeschlossenen Bereich bestand, der dem Einzugsbereich des Bestandnehmers entsprach,
- der Bestandgeber über diesen Bereich verfügungsberechtigt war und somit die Konkurrenzsituation ohne Beeinflussung Dritter selbst bestimmen konnte und
- der Bestandnehmer durch die vom Bestandgeber gesteuerte Konkurrenz erhebliche wirtschaftliche Einbußen erlitt, die auch durch gesteigerten Einsatz nicht wetzumachen waren.²⁶⁾

Diese Umstände, so der OGH in 2 Ob 275/05 p, würden es rechtfertigen, dass sich das Verwendungs-

risiko vom Bestandnehmer zum Bestandgeber verschiebt, also der Bestandgeber durch seine Handlungen den Bestandnehmer in seinem bedungenen Gebrauch des Bestandgegenstands störe.

Dass der OGH diese Kriterien restriktiv anwendet, zeigt der jüngst vom OGH entschiedene Fall 7 Ob 42/16a: Der Bestandgeber vermietete im Jahr 1989 ein Geschäftslokal an einer durch Fußgänger sehr frequentierten Straße an eine Mieterin zum Betrieb eines Eissalons. Im Jahr 2014 vermietete der Bestandgeber dann das Nebenlokal im selben Haus, direkt neben dem ursprünglichen und nach wie vor betriebenen Eissalon, an einen anderen Mieter. Dieser betreibt seitdem dort ebenfalls einen Eissalon. Infolge der Eröffnung des benachbarten Eissalons erleidet die ursprüngliche Bestandnehmerin Umsatzeinbußen, sodass sie sogar eine Angestellte kündigen musste. Der OGH wies die Klage der Bestandnehmerin jedoch im Wesentlichen mit der Begründung ab, dass es in der näheren Umgebung – also im Einzugsgebiet der Bestandnehmerin – noch einige weitere Eissalons gebe.

4. „Konkurrenzschutz“ aufgrund der Verletzung des § 1 UWG

Ein Konkurrenzschutz wurde auch aus § 1 UWG abgeleitet. Der Verkäufer eines Unternehmens muss selbst bei Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung dem Käufer ermöglichen, das Unternehmen mit der bisherigen Kundschaft fortzuführen, und hat somit eine Konkurrenzfähigkeit (zumindest für eine gewisse Dauer) zu unterlassen.²⁷⁾ Dies muss gleichermaßen für einen Verpächter gelten, der einem Pächter sein Unternehmen verpachtet hat, und ergibt sich auch qua ergänzender Vertragsauslegung.²⁸⁾

Praxistipp

Um der Annahme eines Konkurrenzschutzes trotz nicht vorhandener Konkurrenzklausel im Vertrag vorzubeugen, sollte vertraglich ausdrücklich festgehalten werden, dass der Bestandnehmer keinen Konkurrenzschutz genießt bzw der Bestandgeber berechtigt ist, im Einzugsgebiet des Bestandnehmers Geschäftsflächen auch an Konkurrenten des Bestandnehmers in Bestand zu geben. Bei der Vereinbarung von Konkurrenzklauseln, insb Radiusklauseln, sind deren Reichweite und Bindungsdauer angemessen zu begrenzen. Anhaltspunkte hierfür geben veröffentlichte Entscheidungen sowie Vorgaben der EU-Kommission.

25) OGH 9. 6. 1981, 5 Ob 768/80 SZ 54/88 = MietSlg 33.110; 2 Ob 676, 677/84 MietSlg 37.137; RIS-Justiz RS0016176.

26) In der E 1 Ob 113/02b machte der OGH die Mietzinsminderung auch bei einem vertraglich vereinbarten Konkurrenzverbot von diesem Kriterium abhängig, was systemwidrig ist (Glosse zu 1 Ob 113/02b, ecolex 2003/107 [Wilhelm]).

27) OGH 7. 10. 1987, 3 Ob 541/87; RIS-Justiz RS0018188; wbl 1988, 31 = MR 1988, 20 (Korn).

28) Siehe schon oben Punkt C.2.b).

SCHLUSSSTRICH

Konkurrenzverbote in Bestandverträgen sind grundsätzlich zulässig, unterliegen aber Beschränkungen. Sie sind unwirksam, wenn sie im übergroßen Umfang ohne angemessene zeitliche oder örtliche Begrenzungen auferlegt werden oder ein auffallendes Missverhältnis zwischen den durch das Verbot zu schützenden Interessen des einen Vertragsteils und der dem anderen Teil auferlegten Beschränkung besteht. Im Einzelfall nimmt die Rechtsprechung Konkurrenzschutz zugunsten des Bestandnehmers – auch wenn dieser nicht ausdrücklich

vereinbart ist – etwa dann an, wenn die Konkurrenzsituation in einem abgeschlossenen Bereich besteht, der dem Einzugsbereich des Bestandnehmers entspricht, der Bestandgeber über diesen Bereich verfügungsberechtigt ist und somit die Konkurrenzsituation ohne Beeinflussung Dritter selbst bestimmen kann und der Bestandnehmer durch die Konkurrenz erhebliche wirtschaftliche Einbußen erlitt, die auch durch gesteigerten Einsatz nicht wettgemacht werden können.