



## Real Estate Newsletter

Herzlich Willkommen zur Sommerausgabe unseres Real Estate Newsletters, in der wir aktuelle Themen rund um die Immobilie und deren Finanzierung beleuchten.

Der Gastbeitrag vom internationalen Versicherungsmakler und M&A-Adviser Willis GmbH & Co. KG beschäftigt sich mit der Thematik "Warranty & Indemnity-Versicherung" als besondere, transaktionsbezogene Versicherungslösung. Die W&I-Versicherung generiert für die M&A-Praxis zahlreiche Mehrwerte. Sie erleichtert die Verhandlungen und den Abschluss bei Unternehmenstransaktionen und bietet für Käufer und Verkäufer einen hohen strategischen Nutzen.

Der Beitrag von Anette Gärtner und Mathias Klement beschäftigt sich mit der Stellung des Architekten als Urheber der von ihm konzipierten Gebäude. Die Autoren zeigen mögliche Konflikte zwischen

Bauherren und Architekten auf und kommen zu dem Ergebnis, dass es erforderlich, aber auch möglich ist, die teils gegenläufigen Interessen vor allem durch eine vorausschauende Vertragsgestaltung zu einem Ausgleich zu bringen.

Patrick Härle setzt sich in seinem Beitrag mit dem Sinn und Zweck sowie der Wirksamkeit von Radiusklauseln in Factory Outlet Center Mietverträgen auseinander und gibt praktische Hinweise für deren wirksame Formulierung.

Viel Spaß und Interesse bei der Lektüre.

Christian Trenkel & Gerold Jaeger

### Warranty & Indemnity-Versicherung (W&I)

Im Rahmen von Unternehmenskäufen bzw. -verkäufen kommt der Warranty & Indemnity-Versicherung eine immer größere Bedeutung zu. In den letzten

Jahren noch eine bislang eher unbekannt und unbedeutende Versicherungslösung in Deutschland, sind Nachfrage und Abschlüsse in den vergangenen drei Jahren stetig angestiegen.

Bei einer Transaktion verständigen sich Verkäufer und Käufer über vom Verkäufer abzugebende Garantien. Diese Garantien werden im Kaufvertrag fixiert. Beispiele für Garantien sind die Erbringung von Stammeinlagen, die Richtigkeit von steuerlichen Vorgängen oder die Belastungsfreiheit von Geschäftsanteilen. Der Verkäufer haftet gegenüber dem Käufer für die Richtigkeit dieser vertraglichen Garantien. Ist eine vom Verkäufer abgegebene Garantie fehlerhaft und kommt es somit zu einem Vertragsbruch, den der Verkäufer nicht anerkennt, so muss der Käufer seine Ansprüche aus der Garantie gegen den Verkäufer gerichtlich geltend machen, wobei der Käufer zudem das Insolvenzrisiko des Verkäufers trägt.

Eine W&I-Versicherung schützt vor derartigen Risiken.

W&I-Versicherungen werden in der Regel vor dem Closing einer Transaktion abgeschlossen. Die finalen Offerten und Policenverhandlungen mit den W&I-Versicherern setzen voraus, dass umfassende und die Transaktion betreffende Due Diligence Berichte für die Bereiche Finance, Legal, Tax und Umwelt vorliegen, so dass den Versicherern eine Identifizierung und Klassifizierung der Risiken einer Transaktion möglich ist. Insgesamt vergehen zwischen dem Auftrag durch den Verkäufer/Käufer und der endgültigen Platzierung 10 bis 15 Tage.

Die W&I-Versicherung kann im Rahmen einer Transaktion sowohl vom Käufer als auch vom Verkäufer abgeschlossen werden. Ist der Verkäufer Versicherungsnehmer der Police (seller-side policy) und haftet er für eine fehlerhafte Garantie, erlangt er einen Anspruch gegen den Versicherer auf Freistellung von Haftungsansprüchen des Käufers. Aus der Police dem Verkäufer zustehende Deckungsansprüche können an den Käufer abgetreten werden, so dass der Käufer einen Direktanspruch gegen den Versicherer erlangt und ihm der entstandene Schaden als Resultat einer fehlerhaften Garantie vom Versicherer ersetzt wird.

Ist der Käufer Versicherungsnehmer der Police (buyer-side policy), so erwirbt der Käufer einen Anspruch gegen den Versicherer auf Ersatz des ihm durch die fehlerhafte Garantie entstandenen Schadens. In der Praxis wird in der Käufer-Police überwiegend ein Regressverzicht des Versicherers vereinbart, d.h. der W&I-Versicherer kann keinen Regress beim Verkäufer nehmen.

Die Gründe und **Vorteile für einen Verkäufer** (seller-side policy), eine W&I-Versicherung abzuschließen, sind vielschichtig und liegen auf der Hand:

- Schaffung eines "clean exits" bzw. grundsätzliche Vereinfachung des Closings
- Reduzierung des Risikoumfangs und der Risikoperiode, z. B. Verlängerung der Garantiezeiten
- Zuteilung beinahe aller Verkaufserlöse an den verkaufenden Investor
- Beseitigung von Treuhandbedarf (escrow), dadurch höhere Zinseinkünfte
- Maximierung des Transaktionswertes durch Angebot einer höheren Garantie

Ebenso ergeben sich **für den Käufer** (buyer-side policy) einer W&I-Versicherung **eindeutige Vorteile** im Rahmen einer Transaktion:

- Ergänzender und erweiterter Schutz von Vertragsbruchgarantien – Dauer und Umfang
- Aufwertung eines Angebotes durch ergänzenden Entschädigungsanspruch an einen Versicherer
- Höhere Sicherheit bei Eintritt in neue und nicht vertraute Jurisdiktionen und Industriezweige
- Schutz der Beziehung zum Verkäufer, wenn der Verkäufer nach dem Closing noch Schlüssel-funktionen in der Target-Gesellschaft übernehmen soll
- Attraktiveres Angebot durch höheres cash-out an den Verkäufer

Insbesondere aufgrund des Schaffens von Liquidität und Planungssicherheit für beide Vertragsparteien, jedoch auch wegen des Verzichts der

Bildung einer bilanziellen Rückstellung für Garantiefälle, hat die W&I-Versicherung in der gängigen Transaktionspraxis einen festen Platz eingenommen.

Der Beratungsbedarf bei Investoren und Private Equity-Gesellschaften, Juristen und Finanzberatern ist – inzwischen auch in Deutschland – so hoch wie nie zuvor.

Das Policen-Limit einer W&I-Versicherung bewegt sich in der Regel zwischen 10% und 40% des Kaufpreises, der vertraglich vereinbarte Eigenbehalt beträgt in der Regel 1% des Kaufpreises. Die Versicherungsprämie, die als Einmalzahlung geleistet wird, bewegt sich in der Bandbreite zwischen 1% und 2% des Policen-Limits. Wurden in der Vergangenheit Garantien vermehrt durch Treuhandkonten und Bankbürgschaften abgesichert, so stellt die W&I-Versicherung aus der Kostenperspektive eine wesentlich effizientere Lösung dar, da Gelder für etwaige Garantieansprüche nicht auf Konten "geparkt" werden müssen und die Kreditlinie nicht reduziert wird.

Zu den marktüblichen Standardausschlüssen der W&I-Versicherungslösung sind insbesondere folgende zu nennen:

- Kenntnis des Transaktionsteams
- Spezifische Garantien (bekannte Umstände)
- Vorsatz, arglistige Täuschung (dieser Ausschluss gilt nur im Rahmen einer Verkäufer-Police)
- Modifizierungen des SPA ohne Zustimmung durch den Versicherer
- Nicht versicherbare Strafen
- In die Zukunft gerichtete Garantien
- Kaufpreisanpassungen
- Pension-Underfunding

- Rückwirkende Gesetzesänderungen
- Änderung der Bewertungs- und Bilanzierungsmethode
- Transfer-Pricing
- Verdeckte Gewinnausschüttung
- Steueransprüche, die im Zusammenhang mit dem Unternehmenskauf stehen

Als erstem Versicherungsmakler und M&A-Adviser ist es Willis gelungen, eine rechtssichere und deutschsprachige Versicherungspolice unter dem Brand *'Willis W&I Professional'* zu konzipieren. Das entsprechende Wording berücksichtigt insbesondere Transaktionen auf Basis deutschsprachiger Unternehmenskaufverträge und Due Diligence Reports.

Unabhängig von der Sprache des Versicherungsvertragswerkes versteht sich die *'Willis W&I Professional'* nicht nur als eine Transaktionsversicherung, sondern als effizienter und transparenter Prozess, der auf die besonderen und zeitlichen Anforderungen in der M&A-Branche abgestimmt ist und den Ablauf eines jeden Projektes maßgeschneidert berücksichtigt.

Neben der eigentlichen W&I-Policengestaltung ist es die primäre Aufgabe des Versicherungsmaklers, den hierfür notwendigen Prozess zu koordinieren und aktiv zu steuern. Ziel ist es, den Garantienkatalog eines Kaufvertrages zum Signing/Closing so umfassend wie möglich und zur bestmöglichen Versicherungsprämie abzusichern.

Hierbei übernimmt Willis wesentliche, die Transaktion begleitende Aufgaben:

- Ersteinschätzung des Unternehmenskaufvertrages und Analyse ggf. kritischer Garantien

- Projektspezifische Identifizierung von potenziellen W&I-Versicherern
- Einholung von Erstindikationen
- Organisation und themenbezogene Vorbereitung des Underwriting-Calls
- Verhandlungen mit den Versicherern über ggf. kritische Garantien und Versicherungsprämien
- Sicherstellung einer fristgerechten Erstellung der physischen Police und Prämienrechnung zum Signing/Closing
- Komplette, administrative Steuerung und Austausch notwendiger Dokumente wie z. B. Vertraulichkeitserklärungen, Release Letter und Due Diligence Reports

Für einen reibungslosen W&I-Prozess kommt der Auswahl des richtigen Versicherers eine nicht unerhebliche Bedeutung zu. Der W&I-Versicherungsmarkt ist grundsätzlich im Hinblick auf die Anzahl der Marktteilnehmer und deren Kapazitäten limitiert. Reaktionsgeschwindigkeit, Prämienlevel, sprachliche Flexibilität und Kundenorientierung variieren und sind oftmals sehr projektspezifisch. Auch hier steht Willis seinen W&I-Kunden bei der Auswahl des geeigneten Partners zur Seite.

Neben der W&I-Versicherung gibt es im Hinblick auf Unternehmenstransaktionen drei weitere Versicherungskonzepte:

- Tax Indemnity Insurance (Absicherung gegen unerwartete Steuereffekte)
- Environmental Indemnity Insurance (Absicherung gegen Fehleinschätzungen der vorzufindenden Umweltbedingungen)
- Contingent Risks Insurance (Absicherung gegen anhängige oder drohende Rechtsstreitig-

keiten und juristische Interpretationsrisiken)

**Das globale Willis M&A-Team** blickt auf über 60 Jahre Erfahrung und Zusammenarbeit mit den größten Private Equity-Gesellschaften, Anwaltskanzleien und Finanzberatern zurück. Im M&A-Bereich hat sich Willis Deutschland – neben der Insurance Due Diligence – auch auf die W&I-Versicherung spezialisiert. Deutschsprachige W&I-Wordings sind inzwischen ebenfalls erhältlich.

Als **Ansprechpartner bei Willis** in Deutschland stehen

- Marc Schumacher, Mitglied der Geschäftsleitung
- Jürgen Reinschmidt, Mitglied der Geschäftsleitung
- Stephanie Wetzel, Project Manager

gerne zur Verfügung.

## Der Architekt als Urheber

### Einleitung/Problemaufriss

Neben dem Bauherren und dem Bauunternehmer ist regelmäßig der Architekt die dritte Person, die ein Bauvorhaben maßgeblich beeinflusst. Manchen Bauherren ist dabei nicht bewusst, dass das von einem Architekten entworfene Gebäude und die zugrundeliegenden Pläne oftmals ebenso wie ein Gemälde oder ein Roman urheberrechtlichen Schutz genießen. In diesem Fall hat der Architekt, der "Schöpfer" des Bauwerks, eine starke Rechtsposition: Obwohl der Bauherr das Eigentum am Bauwerk erwirbt, bleiben die urheberrechtlichen Befugnisse des Architekten zunächst unberührt. Vor diesem Hintergrund überrascht, dass viele Verträgen mit Architekten keine oder nur wenige Regelungen zum Urheberrecht enthalten.

Gerade, aber nicht nur, bei Prestigebauten, für die oft renommierte Architekten verpflichtet werden, kann es deshalb später zu Streit kommen. Streitpunkt ist dabei zumeist der Wunsch des Bauherrn, das Gebäude nachträglich zu ändern oder es ganz oder teilweise abzureißen. Prominente Beispiele in der jüngeren Vergangenheit sind etwa der Rechtsstreit um die Deckenkonstruktion des Berliner Hauptbahnhofs oder um den Teilabriss des Stuttgarter Bahnhofgebäudes im Rahmen von "Stuttgart 21".

Um Streitigkeiten nach Möglichkeit zu vermeiden, sollten die Beteiligten zu Beginn eines Bauvorhabens versuchen, die (teils gegenläufigen) Interessen durch eine sinnvolle Vertragsgestaltung auszugleichen. Dabei gilt es aber, auf "Fallstricke" zu achten, die vor allem bei der Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen Probleme verursachen. Nicht zuletzt deshalb ist es auch für Erwerber von Immobilien wichtig, die Vereinbarungen zwischen dem Verkäufer und dem Architekten des Objekts besonders kritisch zu prüfen.

#### **Urheberrechtlicher Schutz von Bauwerken**

Gemäß § 1 des Urheberrechtsgesetzes ("**UrhG**") genießen Urheber von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst Schutz. Zu den geschützten Werken gehören insbesondere auch "Werke der Baukunst" (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG). Auch Entwürfe, Baupläne oder Modelle können urheberrechtlich geschützt sein. Dies aber nur, wenn sie eine "persönliche geistige Schöpfung" sind (§ 2 Abs. 2 UrhG). Die Rechtsprechung hat hierfür Kriterien aufgestellt, wobei der sog. "Schöpfungshöhe" besondere Bedeutung zukommt: Ein Bauwerk ist dann

urheberrechtlich geschützt, wenn es "aus der Masse alltäglichen Bauerschaffens herausragt". Ein Beispiel hierfür war der wie ein Pilsglas gestaltete "Astraturm" in Hamburg. Die Art des Bauwerks und auch sein Gebrauchszweck sind hingegen ohne Bedeutung. Neben Museen, Theatern oder Kirchen können deshalb auch Lagerhallen, Fabrikbauten oder sogar eine Lärmschutzwand an einer Autobahn geschützt sein. Auch bei einzelnen Teilen von Gebäuden, wie Fassaden oder Treppenhäusern, kann urheberrechtlicher Schutz bestehen.

#### **Rechte des Architekten als Urheber**

Das Urheberrecht steht auf zwei Beinen. Zum einen hat der Architekt umfangreiche Verwertungs- bzw. Werknutzungsrechte. Obwohl das Urheberrecht als solches nicht übertragbar ist (§ 29 Abs. 1 UrhG), kann Dritten (z. B. dem Bauherrn) das Recht eingeräumt werden, das Bauwerk zu nutzen und kommerziell zu verwerten. Auf der anderen Seite ist das Bauwerk das Ergebnis einer persönlichen geistigen Schöpfung. Über sein "Urheberpersönlichkeitsrecht" und dessen unterschiedliche Facetten kann der Architekt nur sehr eingeschränkt verfügen.

Bei der Gestaltung von Architektenverträgen muss zusätzlich beachtet werden, dass Urheber immer der "persönliche Schöpfer" eines Werks (§ 7 UrhG) ist. Anders als bspw. das US-amerikanische Recht kennt das UrhG das Prinzip "work for hire" (Rechteinhaber ist derjenige, der das Werk bezahlt) nicht. Dies gilt auch in Arbeits- oder Dienstverhältnissen: Urheber bleibt stets der konkrete Schöpfer (z. B. ein angestellter Architekt). Hierauf ist besonders dann zu achten, wenn nicht der konkrete Urheber Vertragspartner des Bauherrn ist.

Die wesentlichen Verwertungsrechte sind bei Gebäuden das Recht zur Vervielfältigung (Nachbau des Bauwerks) sowie das Recht zur Bearbeitung und Umgestaltung. Bei Änderungen des Bauwerks ist aber auch das Urheberpersönlichkeitsrecht zu berücksichtigen. Auch wenn der Architekt dem Bauherrn gestatten kann, das Gebäude zu verändern, hat er das Recht, eine Umgestaltung des Werks zu verbieten, wenn diese geeignet ist, seine persönlichen Interessen am Werk zu gefährden (§ 14 UrhG, sog. "Entstellungsverbot"). Von einer Entstellung ist dann auszugehen, wenn die Wesenszüge des Werks durch die Umbaumaßnahme verzerrt werden. Maßgeblich ist dabei eine Abwägung der Interessen von Architekt und Bauherrn. Ist dem Architekten die Umbaumaßnahme nicht zuzumuten, wird er hierdurch in seinem Urheberrecht verletzt.

Eine Urheberrechtsverletzung kann für Bauherrn weitreichende und kostspielige Konsequenzen haben. Abgesehen von einem Schadensersatzanspruch kann der Architekt die Beseitigung der Verletzung (z. B. der bereits erfolgten Umbaumaßnahme) verlangen. Auf ein Verschulden des Bauherrn kommt es dabei nicht an. So hatte das Landgericht Berlin im Streit um den Berliner Hauptbahnhof den Bauherrn verpflichtet, die eingebaute Flachdecke vollständig zu beseitigen, da dadurch das Werk des Architekten entstellt werde. Die Kosten der Beseitigung der Flachdecke und des Einbaus der ursprünglich geplanten Gewölbedecke wurde damals auf rund 45 Millionen Euro geschätzt. Auch ging man von einer Verzögerung des Bauvorhabens um drei Jahre aus. Daneben kann ein Architekt mittels einstweiliger Verfügung die

Unterlassung einer Umbaumaßnahme erreichen und damit einen Baustopp erzwingen.

Abgesehen von der Zulässigkeit von Umbaumaßnahmen stellen sich für den Bauherren vor und nach Fertigstellung eines Gebäudes eine Vielzahl weiterer Fragen: Darf der Bauherr z. B. einen anderen Architekten beauftragen, das Gebäude auf Grundlage des Entwurfs des ursprünglichen Architekten fertigzustellen oder sogar vom ursprünglichen Entwurf abzuweichen? Fraglich kann auch sein, in welchem Umfang Sanierungen oder Modernisierungsmaßnahmen an einem bestehenden Gebäude zulässig sind.

#### **Lösung: Interessengerechte Vertragsgestaltung**

Das deutsche Urheberrecht räumt dem Architekten eine besonders starke Stellung ein. Allerdings können viele der Rechte vertraglich abbedungen oder eingeschränkt werden.

In einen Architektenvertrag sollten deshalb Regelungen zur Einräumung von Nutzungs- und Änderungsrechten sowie deren Übertragbarkeit (auf zukünftige Erwerber der Immobilie) aufgenommen werden. Allerdings setzt insbesondere das in seinem Kern unabdingbare Urheberpersönlichkeitsrecht der freien Vertragsgestaltung Grenzen. Daneben können viele zwingende Vorschriften des UrhG im Rahmen einer AGB-Kontrolle zur teilweisen oder gar völligen Unwirksamkeit der vereinbarten Klausel führen. So kann der Bauherr bspw. nicht verlangen, dass er pauschal und ohne Einschränkung zur Änderung des Werks berechtigt sein soll, da hiervon auch unzulässige Entstellungen des Werks umfasst wären.

#### **Zusammenfassung**

Bauwerke werden oftmals urheberrechtlichen Schutz genießen. Durch geeignete Vereinbarungen ist es möglich, die teilweise gegenläufigen Interessen des Bauherrn, der über sein Eigentum möglichst ohne Einschränkungen verfügen können muss, und des Architekten, der seine Schöpfung hinreichend schützen möchte, auszugleichen. Bei der konkreten Vertragsgestaltung müssen aber die Besonderheiten des Urheberrechts berücksichtigt werden, um eine Unwirksamkeit der getroffenen Regelungen zu vermeiden.

Auch Käufer von Immobilien sind deshalb gut beraten, wenn sie vor Erwerb des Objekts sicherstellen, dass sie neben dem Eigentum auch alle erforderlichen urheberrechtlichen Nutzungsrechte erhalten. So können teure Streitigkeiten mit dem Architekten um angebliche Urheberrechtsverletzungen bestmöglich vermieden werden.

#### **Ihre Ansprechpartner:**

- Dr. Anette Gärtner, Clifford Chance
- Mathias Klement, Clifford Chance

### **Rechtliche Bedenken im Hinblick auf eine sog. "Radiusklausel" in Factory Outlet Center Mietverträgen**

#### **Einleitung/Problemstellung**

Die Verwendung von Radiusklauseln in Factory Outlet Center Mietverträgen ist allgemein verbreitet. Eine solche Klausel verbietet dem Mieter oder einem mit ihm verbundenen Unternehmen, innerhalb eines bestimmten Umkreises (meist zwischen

50-200 km) um das Factory Outlet Center weitere Mietverträge mit anderen Factory Outlet Center Betreibern abzuschließen bzw. eine weitere Verkaufsstelle zu eröffnen und zu betreiben. Häufig wird eine Verletzung dieser Verpflichtung durch eine Vertragsstrafe sanktioniert. Sinn und Zweck einer solchen Klausel ist, die Factory Outlet Center Standorte vor Konkurrenz zu schützen und deren Exklusivität zu sichern und es damit letztendlich zu ermöglichen, dass die Investitionen der Betreiber sich amortisieren. Inwieweit diese zulässig sind, ist derzeit Gegenstand gerichtlicher und behördlicher Verfahren.

Zwar hat das OLG Karlsruhe eine individualvertragliche Radiusklausel, die einen Radius von 100 km Luftlinie vorsah, für wirksam erklärt. Jedoch bleibt die kartellrechtliche Zulässigkeit solcher Klauseln in Mietverträgen für Factory Outlet Center als Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) offen. Die zuständige Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes hat inzwischen ein Verfahren nach § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) eingeleitet, um die kartellrechtlichen Fragestellungen zu klären. Weiter ist derzeit ein Verfahren bei dem Landgericht Mannheim anhängig.

#### **Diskussion/Stellungnahme**

Kritiker der Radiusklausel, die wohl auch auf die Ermittlungen des Bundeskartellamtes hingewirkt haben, sehen in dem Verbot, innerhalb eines bestimmten Umkreises um ein Factory Outlet Center eine weitere Verkaufsstelle zu eröffnen, einen Verstoß gegen das gesetzliche Verbot nach § 1 GWB. Im Wesentlichen wird dabei vorgetragen, dass durch die Radiusvorgabe die Eröffnung neuer Factory Outlet Center er-

schwert oder gar unmöglich gemacht werde.

Die Verfechter von Radiusklauseln begründen deren Notwendigkeit damit, dass durch die Radiusklausel die Exklusivität des Factory Outlet Centers und damit der Standort gesichert wird. Um ein attraktives Einkaufsziel darzustellen, muss dem Kunden ein gelungener Mix aus Branchen und Mietern angeboten werden. Da der Markt an Mietinteressenten jedoch begrenzt ist, können Mieter nicht nach Belieben ausgetauscht werden. Umgekehrt muss den Mietern aber auch eine Vielzahl potenzieller Kunden angeboten werden. Um diesen beiden Zielen gerecht zu werden, ist es erforderlich, dass sich Mieter des Factory Outlet Centers nicht mit einer weiteren Verkaufsstelle gleicher Art innerhalb des Einzugsbereiches des Factory Outlet Centers Konkurrenz machen.

Dabei ist der besondere Charakter eines Factory Outlet Centers hervorzuheben. Die Ware, die in einem Factory Outlet Center angeboten wird, kann nicht jeder Einzel- oder Fachhändler anbieten, da es sich in der Regel um einen Kauf beim Hersteller handelt. Damit stellt dies ein besonderes Angebot auf einer gesonderten Vertriebschiene dar. Davon profitieren auch die Mieter, die von der Anlockwirkung der anderen Hersteller profitieren. Dies bedeutet auch eine direkte Steigerung des Umsatzes der einzelnen Mieter. Klassische Einzelhandelsgeschäfte werden dadurch in der Regel nicht ausgeschlossen und bleiben erlaubt, so dass sich eine etwaige Wettbewerbsbeschränkung ohnehin nur auf die besondere Vertriebschiene der Outlet Center auswirken würde.

Ab wann eine solche Verhinderung bzw. Einschränkung des Wettbe-

werbs vorliegt, ist derzeit noch unklar. Es liegt noch keine entsprechende Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes vor. Gute Argumente würden dafür sprechen, die Radiusvorgabe auf das tatsächliche Einzugsgebiet des Outlet Centers zu beschränken. In diesem Zusammenhang könnte auch vorgebracht werden, dass die Radiusvorgabe innerhalb des Einzugsgebiets nicht in den Anwendungsbereich des allgemeinen Kartellverbots fällt, da sie innerhalb des Einzugsgebiets dem jeweiligen Mietvertrag immanent ist. Das tatsächliche Einzugsgebiet dürfte sich jedoch in der Praxis nicht immer mit der gewünschten Genauigkeit bestimmen lassen. Daher bleibt abzuwarten, ob sich das Bundeskartellamt möglicherweise insoweit zu einer pauschalen Kilometerangabe durchringen wird, die für deutlich mehr Rechtsicherheit im Rahmen der vertraglichen Gestaltung sorgen würde. Ausgehend vom jetzigen Stand der Diskussion besteht das Risiko, dass Radien von 150-200 km, welche damit oft weiter als das tatsächliche Einzugsgebiet des Factory Outlet Centers sein dürften, als überzogen weit und damit als unzulässig aufgefasst würden. Unproblematisch sind dagegen wohl Radien, welche deutlich kleiner sind (z. B. 5 km).

Allerdings würde sich schon aus rein wirtschaftlichen Gründen innerhalb des Einzugsgebietes eines Factory Outlet Centers kein weiteres Factory Outlet Center ansiedeln, da die Konkurrenzsituation zu groß wäre. Rein faktisch verhindern Radiusklauseln damit nicht kategorisch die Realisierung anderer Factory Outlet Centers. Tendenziell lässt sich sagen, dass je kleiner die Radien gefasst werden und sofern und soweit sie innerhalb des Einzugsgebietes des

Outlet Centers liegen, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass eine Radiusklausel als wirksam erachtet wird.

Letztlich ist die Radiusklausel und damit auch ihre Wirksamkeit im Interesse des Vermieters und der Mieter eines Factory Outlet Centers. Der Erfolg eines solchen Centers liegt in dessen Exklusivität, die unter anderem durch die Radiusklausel hergestellt und gesichert wird.

#### **Praxishinweis**

Radiusklauseln sind ein sinnvoller Bestandteil von Factory Outlet Center Mietverträgen. Derzeit kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass das Bundeskartellamt oder ein Obergericht eine derartige Klausel für unzulässig und damit für unwirksam erklärt. Wie soll also in Erwartung der Entscheidung mit der herrschenden Unsicherheit umgegangen werden?

Am sichersten und nahe liegendsten wäre sicher die Streichung der Klausel. Dies wäre aber wie zuvor ausgeführt nicht im Interesse des Vermieters und der Mieter.

Damit die Radiusklauseln weiterhin bestehen können, ist eine interessengerechte und ausgeglichene Formulierung der Klausel erforderlich. Eine sinnvolle Maßnahme ist in jedem Fall den Radius auf den zuvor ermittelten, unbedingt notwendigen Einzugsbereich des Factory Outlet Centers zu beschränken. Dadurch wird das Risiko einer Unwirksamkeit deutlich reduziert.

Weiter sollte klargestellt werden, dass im Falle einer Unwirksamkeit der Radiusklausel in jedem Fall an dem Mietvertrag festgehalten wird und Verhandlungen zwischen den Parteien aufgenommen werden, um eine der Rechtsauffassung des Bundes-



## Autoren



**Marc Schumacher**  
Mitglied der Geschäftsleitung,  
Willis GmbH & Co. KG  
T: +49 69 84 84 55 1278  
E: marc.schumacher  
@willis.com



**Jürgen Reinschmidt**  
Mitglied der Geschäftsleitung,  
Willis GmbH & Co. KG  
T: +49 69 84 84 55 1265  
E: juergen.reinschmidt  
@willis.com



**Stephanie Wetzel**  
Project Manager,  
Willis GmbH & Co. KG  
T: +49 69 84 84 55 1245  
E: stephanie.wetzel  
@willis.com



**Dr. Anette Gärtner**  
Counsel, Litigation & Dispute  
Resolution, Clifford Chance  
T: +49 89 21632 8712  
E: anette.gaertner  
@cliffordchance.com



**Mathias Klement**  
Associate, Litigation & Dispute  
Resolution, Clifford Chance  
T: +49 89 21632 8715  
E: mathias.klement  
@cliffordchance.com



**Patrick Härle**  
Senior Associate, Real Estate,  
Clifford Chance  
T: +49 211 4355 5791  
E: patrick.haerle  
@cliffordchance.com

Diese Publikation dient der allgemeinen Information und ersetzt nicht die Beratung im Einzelfall. Wenn Sie Fragen haben oder weitere Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte an die Autoren oder Ihren üblichen Ansprechpartner bei Clifford Chance.

Clifford Chance, Mainzer Landstraße 46, 60325 Frankfurt am Main  
© Clifford Chance 2014

Clifford Chance Deutschland LLP ist eine Limited Liability Partnership mit Sitz in 10 Upper Bank Street, London E14 5JJ, registriert in England und Wales unter der Registernummer OC393460.

Die nach § 5 TMG und §§ 2, 3 DL-InfoV vorgeschriebenen Informationen finden Sie unter: [www.cliffordchance.com/deuregulatory](http://www.cliffordchance.com/deuregulatory)

[www.cliffordchance.com](http://www.cliffordchance.com)

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Casablanca ■ Doha ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Istanbul ■ Jakarta\* ■ Kyiv ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Perth ■ Prague ■ Riyadh ■ Rome ■ São Paulo ■ Seoul ■ Shanghai ■ Singapore ■ Sydney ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

\*Linda Widyati & Partners in association with Clifford Chance.