

# Konkurrenzverbote in Geschäftsmietverträgen

## Dissertationszusammenfassung

YANNICK ALEXANDER MOSER\*

### SCHLAGWÖRTER

mietvertragliches Konkurrenzverbot – Konkurrenz(freihalte)klausel – Kontrahierungsverbot – Konkurrenzschutz und Mietvertrag

Konkurrenzklauseln, welche es etwa einem Vermieter untersagen, weitere Geschäftsräumlichkeiten an einen Konkurrenten des Mieters zu vermieten, oder es umgekehrt einem Mieter verbieten, das Geschäft des Vermieters oder eines anderen Mieters in der Geschäftsliegenschaft zu konkurrieren, sind in Geschäftsmietverträgen häufig anzutreffen und von erheblicher Relevanz.<sup>1</sup> Sie bilden nicht selten eine eminente Geschäftsgrundlage für den Abschluss eines Geschäftsmietvertrags. Trotz dieses überragenden Stellenwerts im Gefüge des Mietvertrags und vieler ungeklärter Fragen haben mietvertragliche Konkurrenzverbote in Lehre und Rechtsprechung bislang nur spärliche Rezeption gefunden.<sup>2</sup> Um diese Lücke zu schliessen, werden Konkurrenzverbote zugunsten von Mietern wie auch solche zugunsten von Vermietern von Geschäftsräumlichkeiten und die damit verbundenen Problemkreise im Rahmen der Dissertation «Konkurrenzverbote in Geschäftsmietverträgen» einer holistischen Untersuchung unterzogen.

Zu diesem Zweck werden in der Arbeit zunächst die rechtlichen Rahmenbedingungen, die grundlegenden Definitionen und die mannigfachen Ausgestaltungsformen mietvertraglicher Konkurrenzverbote dargestellt.<sup>3</sup> Es wird dabei gezeigt, dass der Begriff der Konkurrenz

rechtsverhältnisübergreifend Verwendung findet und mietvertragliche Konkurrenzverbote in naher Wechselbeziehung zum vereinbarten Gebrauchszweck stehen.<sup>4</sup> Darüber hinaus werden die in der Rechtsprechung spezifisch für (mietvertragliche) Konkurrenzverbote entwickelten Auslegungsgrundsätze – restriktive und dem intendierten Schutzzweck der Konkurrenzklausel entsprechende Auslegung sowie Grundsatz der Unveränderbarkeit der Verpflichtungen bei Ausdehnung der Geschäftstätigkeit – näher beleuchtet.<sup>5</sup>

Auf dieser Grundlage wird das Hauptaugenmerk der Arbeit auf verschiedene Fragen zum Zustandekommen<sup>6</sup> von mietvertraglichen Konkurrenzverboten und auf die anwendbaren gesetzlichen Gültigkeitsschranken<sup>7</sup> gelegt:

– Nachdem nachgewiesen wurde, dass die Einschränkung eines mietvertraglichen Konkurrenzverbots in zeitlicher und geografischer Hinsicht grundsätzlich nicht zu deren objektiv wesentlichem Inhalt gehört,<sup>8</sup> wird weiter aufgezeigt, dass mietvertragliche Konkurrenzverbote zu ihrer Entstehung in aller Regel zwingend einer expliziten vertraglichen Zusicherung bedürfen – sie sind im Unterschied etwa zur Rechtslage in Deutschland nicht vertragsimmanent und fliessen dementsprechend weder aus Art. 256 des Obligationenrechts<sup>9</sup> noch aus Art. 257f OR –, können jedoch in Abweichung zur h.L. und zur bundesgerichtlichen Praxis ganz ausnahmsweise konkludent oder über

\* YANNICK MOSER, Dr. iur., Advokat, Managing Associate bei Walder Wyss AG.

Dieser Beitrag ist lizenziert unter Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND. DOI dieses Artikels: 10.3256/978-3-03929-036-9\_07.

<sup>1</sup> YANNICK ALEXANDER MOSER, Konkurrenzverbote in Geschäftsmietverträgen, Diss. Basel 2022, Basel 2022 (in der Folge: MOSER, Rz.); die Dissertation ist im Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, in Band 138 der Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A Privatrecht, erschienen. Der Autor hat seine Dissertation berufsbegleitend neben seiner Tätigkeit als Advokat bei der Walder Wyss AG in Basel erstellt.

<sup>2</sup> Zum Ganzen MOSER (Fn. 1), Rz. 1 ff.

<sup>3</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 12 ff. u. 49 ff.; die Begriffe des «Konkurrenzverbots», der «Konkurrenzklausel» wie auch der «Kon-

kurrenzabrede» werden als Überbegriff für jegliche Formen mietvertraglicher Konkurrenzregelungen verwendet.

<sup>4</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 14 ff. u. 32 ff.

<sup>5</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 93 ff., 332 ff. u. 772 ff.

<sup>6</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 160 ff.

<sup>7</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 130 ff. u. 336 ff.

<sup>8</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 167 ff.

<sup>9</sup> Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR; SR 220).

Art. 2 ZGB zustande kommen.<sup>10</sup> Dies ist für Vereinbarungen über die Konkurrenzfreiheit zugunsten des Mieters daraus zu folgern, dass es sich dabei um eine Eigenschaft des Mietobjekts handelt, welche diesem nicht inhärent ist, sondern ihm nur als zugesicherte Eigenschaft über die vorausgesetzte Gebrauchstauglichkeit hinaus zukommen kann.<sup>11</sup> Dem Vermieter auf der anderen Seite steht ggf. in engen Grenzen die Möglichkeit offen, ein Konkurrenzverbot zu seinen Gunsten einseitig über Art. 269d Abs. 3 OR einzuführen.<sup>12</sup>

- Des Weiteren wird nachgewiesen, dass mietvertragliche Konkurrenzverbote nicht den Gültigkeitsschranken des nachvertraglichen Konkurrenzverbots im Arbeitsvertrag (Art. 340 ff. OR),<sup>13</sup> sondern ausschliesslich den allgemeinen und mietvertragsspezifischen Schranken, allen voran dem Kartellgesetz<sup>14</sup>, Art. 27 ZGB<sup>15</sup> sowie dem Koppelungsverbot (Art. 254 OR)<sup>16</sup>, unterliegen.
- Während sich unter der Ägide von Art. 254 OR einzig nachvertragliche Konkurrenzverbote zugunsten des Vermieters als heikel darstellen<sup>17</sup> und Art. 27 ZGB<sup>18</sup> sehr weitgehende Konkurrenzverbote zulässt, fallen jegliche Arten von vertragsparallelen und nachvertraglichen Konkurrenzverboten – entgegen der Praxis des Bundesgerichts<sup>19</sup> – als Wettbewerbsabreden in den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes und sind im Rahmen einer Einzelfallprüfung nur eingeschränkt zulässig.<sup>20</sup> Dies gilt zunächst für vertikale bzw. konglomerate und noch verstärkt für horizontale Konkurrenzverbote:
  - Letztere können infolge der Vermutung einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs und der *Gabba*-Rechtsprechung grundsätzlich nur dann als kartellrechtskonform qualifiziert werden, wenn sie zur Durchführung des Mietvertrags und zur Erzielung eines kartellrechtsneutralen Zwecks objektiv notwendig sind und gegenständlich, zeitlich sowie räumlich nicht über das erforderliche Mass hinausgehen oder dem Mietvertrag inhärent sind.<sup>21</sup> Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, wird nachgewiesen, dass nebst dem Bagatellvorbehalt<sup>22</sup> die aus dem deut-

schen Kartellrecht stammende Immanenztheorie auch in der Schweiz angewandt werden kann.<sup>23</sup>

- Vertikale bzw. konglomerate Konkurrenzverbote, die für eine Dauer von bis zu fünf Jahren eingegangen werden, sind demgegenüber – im Sinne einer Faustregel – bei richtiger Marktabgrenzung als kartellrechtlich unbedenklich zu betrachten, sofern sie auch im Übrigen angemessen begrenzt wurden. Weitergehende konglomerate Konkurrenzverbote können dann kartellrechtlich zulässig sein, wenn sie zur Durchführung des Mietvertrags funktionsnotwendig sind oder sich ausnahmsweise direkt aus Art. 2 ZGB ergeben.<sup>24</sup>
- Art. 256 OR bildet hingegen keine Schranke für Konkurrenzverbote zulasten eines Mieters.<sup>25</sup>
- Es wird sodann belegt, dass für kartell- und persönlichkeitsrechtlich übermässige mietvertragliche Konkurrenzverbote die Anwendbarkeit der Figur der geltungserhaltenden Reduktion zu befürworten ist.<sup>26</sup>

Weiter werden in der Dissertation verschiedene Übergangs- und Untergangssachverhalte mietvertraglicher Konkurrenzverbote in Geschäftsmietverträgen dargestellt.<sup>27</sup> Da die Verpflichtungen aus Konkurrenzverboten regelmässig unternehmens- bzw. mietobjektsbezogen sind, sind sie im Grundsatz übertragbar.<sup>28</sup> Darüber hinaus wird insbesondere herausgearbeitet, dass nebst allgemeinen Untergangsgründen auch verschiedene gesetzlich geregelte Untergangsgründe für das nachvertragliche Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag (vgl. Art. 340c Abs. 1 und 2 OR) analog auf (nachvertragliche) mietvertragliche Konkurrenzverbote übertragbar sind.<sup>29</sup>

Schliesslich wird aufgezeigt, dass mietvertragliche Konkurrenzverbote in aller Regel Dauerunterlassungsverpflichtungen mit relativer Wirkung begründen und solche zugunsten des Mieters eine Zusicherung in Bezug auf eine Sacheigenschaft des Mietobjekts, nämlich die Abwesenheit von Konkurrenz, beinhalten.<sup>30</sup> Diese Schlussfolgerung hat erhebliche rechtliche Konsequenzen. So stellt der Verstoss gegen ein zugunsten des Mieters vertraglich vereinbartes Konkurrenzverbot eine Verletzung einer Hauptleistungspflicht dar, welche einen Mangel an der Mietsache begründet.<sup>31</sup> Dem Mieter stehen ge-

<sup>10</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 198 ff.

<sup>11</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 224, 740 u. 856.

<sup>12</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 310 ff.

<sup>13</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 130 ff.

<sup>14</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 398 ff.

<sup>15</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 635 ff.

<sup>16</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 363 ff.

<sup>17</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 369 ff. u. 377 ff.

<sup>18</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 636 u. 638 ff.

<sup>19</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 402 ff. u. 428.

<sup>20</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 398 ff.

<sup>21</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 477 ff., 500 ff. u. 560 ff.

<sup>22</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 549 ff.

<sup>23</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 503 ff.

<sup>24</sup> Zum Ganzen MOSER (Fn. 1), Rz. 564 ff. u. 615 ff.

<sup>25</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 354 ff.

<sup>26</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 624 ff. u. 650 ff.

<sup>27</sup> MOSER (Fn. 1), §§ 5 u. 6 bzw. Rz. 667 ff. u. 683 ff.

<sup>28</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 668 ff.

<sup>29</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 685 ff., insb. 693 ff. u. 710 ff.

<sup>30</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 719 ff. u. 729 ff.

<sup>31</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 740, 741 ff. u. 852 ff.

genüber dem Vermieter infolgedessen die Mängelrechte (vgl. Art. 258 ff. OR) – insbesondere das Mängelbeseitigungs- und Hinterlegungsrecht sowie das Mietzinsherabsetzungs- und das fristlose Kündigungsrecht sowie alternativ die Irrtumsanfechtung – zur Verfügung, wobei den ersten beiden bei Zuwiderhandlung gegen ein Kontrahierungsverbot zugunsten des Mieters nicht selten eine rechtliche Unmöglichkeit und einer fristlosen Kündigung das Fehlen der notwendigen Schwere der Interessenbeeinträchtigung entgegenstehen.<sup>32</sup> Wie weiter belegt wird, hat der Vermieter bei allumfassenden Konkurrenzschutzverpflichtungen neben eigenem auch für ein konkurrierendes Verhalten anderer Mieter in der Liegenschaft einzustehen.<sup>33</sup> Zusätzliche vertragliche und ausservertragliche Anspruchsgrundlagen – wie etwa eine (kumulative) Konventionalstrafenabrede<sup>34</sup>, Geschäftsanmassung<sup>35</sup> oder Ansprüche aus dem UWG<sup>36</sup> – werden, ebenso wie mögliche Ansprüche des Mieters gegen einen ihn konkurrierenden anderen Mieter in derselben Liegenschaft,<sup>37</sup> auch beleuchtet. Es wird in Bezug auf Letztere aber nachgewiesen, dass solche nur in wenigen Ausnahmefällen, sprich beim (seltenen) Vorliegen eines echten Vertrags zugunsten Dritter oder bei einem unlauteren Verhalten, bestehen.<sup>38</sup>

Demgegenüber wird in Bezug auf die Zuwiderhandlung gegen ein Konkurrenzverbot zugunsten des Vermieters herausgearbeitet, dass diese eine positive Vertragsverletzung einer Nebenleistungspflicht darstellt,<sup>39</sup> welche die Sanktionsfolgen von Art. 97 ff. OR auslöst<sup>40</sup> und den Vermieter in der Regel zur ausserordentlichen Auflösung des Mietvertrags in Anwendung von Art. 257f Abs. 3 OR<sup>41</sup> berechtigt. Weitere mögliche Anspruchsgrundlagen werden ebenfalls dargestellt.<sup>42</sup>

Schliesslich werden einige grundlegende Punkte und die Mechanik im Zusammenhang mit mietvertraglichen Konkurrenzverboten in Untermietverhältnissen erörtert.<sup>43</sup>

Abgerundet wird die Arbeit durch ausführliche Musterkonkurrenzklauseln.<sup>44</sup>

---

<sup>32</sup> Siehe für die verschiedenen Anspruchsgrundlagen MOSER (Fn. 1), Rz. 857 f., 873 ff., 882 ff., 910 ff., 918 ff., 951 ff., 956 ff. u. 971 ff.

<sup>33</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 732, 735 ff., 857 u. 944.

<sup>34</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 979 ff.

<sup>35</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 1021 ff.

<sup>36</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 1019 f.

<sup>37</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 1024 ff.

<sup>38</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 1029 ff. u. 1040 ff.

---

<sup>39</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 719 ff., 758 ff. u. 1049 ff.

<sup>40</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 1049 ff., 1054 ff. u. 1057 ff.

<sup>41</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 1069 ff.

<sup>42</sup> MOSER (Fn. 1), Rz. 1054 ff., 1064 f., 1066 ff., 1089 f. u. 1091 ff.

<sup>43</sup> MOSER (Fn. 1), § 11 bzw. Rz. 1094 ff.

<sup>44</sup> MOSER (Fn. 1), Sechster Abschnitt bzw. Rz. 1115 ff.