



**VERFÜGUNG GEMÄSS  
§ 32 GWB**

1. Beschlussabteilung

**B 1 - 62/13**

**Beschluss**

In dem Verwaltungsverfahren

1. VR Franconia GmbH, Wertheim

Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwälte  
Dr. Romina Polley  
Dr. Tilman Kuhn  
Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP  
Theodor-Heuss-Ring 9  
50668 Köln

- Betroffene -

2. Fashion Outlet Grundbesitz GmbH & Co. KG, Montabaur

Verfahrensbevollmächtigter:

Rechtsanwalt  
Dr. Dirk Lindloff  
Dr. Caspers Mock & Partner  
Rudolf Virchow Str. 11  
56073 Koblenz

- Beigeladene -

wegen Prüfung eines Verstoßes gegen § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) hat die 1. Beschlussabteilung am 26. Februar 2015 gemäß § 32 Abs. 1 und 2 GWB beschlossen:

- I. Es wird festgestellt, dass die Vereinbarung von Wettbewerbsverboten nach der Vorlage der Radiusklausel in Ziff. II. § 25.1 des Vertragsmusters der Betroffenen (siehe Tz. 68) in den individuellen Mietverträgen zwischen der Betroffenen und ihren Mietern im FOC Wertheim gegen § 1 GWB verstößt, soweit die vereinbarten Radiusklauseln über einen Luftradius von 50 km

hinausgehen. Es wird ferner festgestellt, dass die Vereinbarung der vorgenannten Wettbewerbsverbote auch insoweit gegen § 1 GWB verstößt, als dass die Laufzeit über 5 Jahre nach erstmaligem Abschluss des Mietvertrages hinausgeht.

- II. Die Betroffene wird verpflichtet, die weitere Durchführung der nach Ziff. I. gegen § 1 GWB verstoßenden Vereinbarungen von Wettbewerbsverboten abzustellen. Der Betroffenen wird aufgegeben, alle Mieter im FOC Wertheim, mit denen solche Wettbewerbsverbote vereinbart wurden, binnen eines Monats nach Bestandskraft dieser Verfügung auf die Rechtswidrigkeit der entsprechenden Klauseln hinzuweisen.
12. Die Betroffene wird verpflichtet, keine neuen nach Ziff. I. gegen § 1 GWB verstoßenden Wettbewerbsverbote zu vereinbaren.
13. Die VR Franconia GmbH wird nach § 32 Abs. 1 i.V.m. §§ 1, 21 Abs. 2 GWB verpflichtet, das unter Ziff. II. untersagte Wettbewerbsverbot nicht durch folgende Vereinbarungen oder Maßnahmen zu ersetzen, die wirtschaftliche Anreize setzen oder Nachteile verursachen, welche Mieter davon abhalten können, in anderen, mit dem FOC Wertheim konkurrierenden FOC Ladenflächen anzumieten:
  - a. Exklusivvereinbarungen mit Mietern, ihre FOC-Waren ausschließlich in FOC des Value Retail-Konzerns anzubieten;
  - b. Sonderkonditionen beim Mietzins oder die Zusage, einen Mietvertrag in anderen FOC des Value Retail-Konzerns zu erhalten mit der offenen oder stillschweigenden Übereinkunft, dass diese Vorteile nur gewährt werden, wenn das untersagte Wettbewerbsverbot eingehalten wird;
  - c. Kündigungen von Mietverträgen im FOC Wertheim oder deren Ankündigung, für die keine sachliche, andere Rechtfertigung –wie z.B. durch eine diskriminierungsfreie Anwendung des bei Value Retail üblichen Re-Merchandising-Programms– belegt werden kann.
14. Der Antrag der Betroffenen auf Aufhebung der sofortigen Vollziehbarkeit des Beschlusses wird abgelehnt.
15. Die Gebühr für das Verfahren einschließlich dieser Entscheidung beträgt [...] Euro und wird der Betroffenen auferlegt.

## Gründe

### A. Sachverhalt

#### 1. Antrag der Fashion Outlet Grundbesitz GmbH & Co. KG

1. Mit Schreiben vom 22. April 2013 hat die Fashion Outlet Grundbesitz GmbH & Co. KG, Montabaur, (im Folgenden: Fashion Outlet Montabaur) beim Bundeskartellamt beantragt, gegen die VR Franconia GmbH, Wertheim, (im Folgenden: Franconia) eine einstweilige Anordnung mit dem Ziel zu erlassen, dieser zu untersagen - als Betreiberin des Factory Outlet Center Wertheim Village (im Folgenden FOC Wertheim) – in ihren Mietverträgen ein Wettbewerbsverbot zu statuieren, das den Mietern die Anmietung eines Ladenlokals in einem anderen Factory Outlet Center innerhalb eines Umkreises von 150 km um Wertheim verbietet<sup>1</sup>.
2. Hintergrund des Antrags ist der Umstand, dass Fashion Outlet Montabaur derzeit Mieter für ihr Factory Outlet Center (im Folgenden: FOC) anwirbt und nach ihren Angaben festgestellt hat, dass sie hierbei auf erhebliche Probleme gestoßen ist. Nach dem Vortrag von Fashion Outlet Montabaur liegt der Grund dafür in den Mietverträgen, die Franconia mit ihren Mietern in ihrem FOC Wertheim abgeschlossen habe. In diesen Mietverträgen verbiete Franconia ihren Mietern, in einem Luffradius von 150 km um das FOC Wertheim in einem anderen FOC ein Geschäft zu eröffnen. Da das zu eröffnende FOC der Antragstellerin in Montabaur 147 km von Wertheim entfernt sei, werde die Antragstellerin durch die 150 km Radiusklausel betroffen. Diese auf die Eröffnung abstellende Klausel bewirke, dass andernorts innerhalb des Radius, mithin bei der Antragstellerin, keine weiteren Mietverträge abgeschlossen würden. Die Radius-Klausel habe erhebliche Auswirkungen auf die Vermarktungsfähigkeit der Flächen der Antragstellerin. Hieran zeigten sich exemplarisch die generellen Auswirkungen der Klausel auf zukünftige Marktteilnehmer.
3. Mieter, die bereits einen Laden im FOC Wertheim betrieben, würden sich durch die Radiusklausel daran gehindert sehen, bei der Antragstellerin ein Geschäft zu eröffnen und schlossen daher keinen Mietvertrag bei der Antragstellerin ab. Ein wesentlicher Erfolgsfaktor für ein erfolgreiches FOC liege aber in einem gelungenen und zielorientierten Branchen- und Mieter-

---

<sup>1</sup> Verfahrensakte Bd. I, Bl. 1 ff.

mix. Daher seien Mieter für die Antragstellerin nicht beliebig austauschbar. Es bestehe für die Antragstellerin keine beliebige Substituierbarkeit der Marken, da der Markt der Mietinteressenten begrenzt sei, von dem Wettbewerbsverbot oft mehrere Marken der Mieter erfasst seien und zugleich die Klausel erhebliche Sperrwirkung auch für Marken entfalte, die im FOC Wertheim nicht verkauft würden. Der für den Erfolg notwendige Branchen- und Mietermix sei durch die nunmehr aufgetretenen Vermietungsprobleme gefährdet. Die Antragstellerin sei auf eine kurzfristige Beseitigung der derzeitigen Beeinträchtigung angewiesen, da ansonsten das Factory Outlet Montabaur Projekt der Antragstellerin voraussichtlich scheitern werde.

4. Die Beschlussabteilung hat mit Schreiben vom 2. Mai 2013 den von Fashion Outlet Montabaur vorgetragene Sachverhalt Franconia zur Kenntnis gegeben und mit einer ersten cursorischen Bewertung auf Basis des vorgelegten Sachverhalts verbunden.<sup>2</sup> Parallel hierzu hat die Beschlussabteilung erste Ermittlungen zum Umfang und zur Bedeutung des Wettbewerbsverbots bei Franconia und bei ihren wesentlichen Wettbewerbern durchgeführt.
5. Franconia ist der ersten Einschätzung der Beschlussabteilung mit Schreiben vom 7. Juni 2013, worin sie auf ihre mit Schreiben vom 21. Mai 2013 übersandte Verfügungserwiderung vom 17. Mai 2013 im einstweiligen Verfahren vor dem Landgericht Mannheim Bezug genommen hat, entgegengetreten.<sup>3</sup> Im Wesentlichen hat sie Folgendes vorgetragen:
6. Das vertragliche Wettbewerbsverbot erfülle bereits nicht die Tatbestandsvoraussetzungen von § 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV, weil keine spürbare, bewirkte oder gar bezweckte Wettbewerbsbeschränkung gegeben sei. Selbst wenn man eine Tatbestandsmäßigkeit der Radiusklausel annähme, wäre diese als Nebenabrede, die zur Erreichung eines kartellrechtsneutralen Zwecks im Rahmen eines Austauschvertrages erforderlich sei, vom Kartellverbot im Sinne einer teleologischen Reduktion ausgenommen. Im Übrigen wäre das Wettbewerbsverbot wenn man zu einem anderen Ergebnis käme, im Rahmen der Vertikal-GVO vom Kartellverbot freigestellt bzw. nach § 2 GWB und Art. 101 Abs. 3 AEUV einzelfreistellungsfähig.

<sup>2</sup> Verfahrensakte Bd. I, Bl. 156 ff.

<sup>3</sup> Verfahrensakte Bd. I, Bl. 213 ff.

7. Parallel zum Antrag beim Bundeskartellamt hat Fashion Outlet Montabaur beim Landgericht Mannheim einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gestellt. Dieser Antrag wurde mit Urteil vom 11. Juni 2013 abgelehnt<sup>4</sup> und zwar im Wesentlichen mit der Begründung, dass die Verfügungsklägerin mit ihren Anträgen zu erreichen versucht habe, dass das Gericht in der Hauptsache entscheidet. Die Vorwegnahme der Hauptsache sei im Wege der einstweiligen Verfügung vom Gesetz aber grundsätzlich nicht vorgesehen. Nur bei eindeutiger Rechtslage und zweifelsfrei feststellbarer Berechtigung könne ein Anspruch bereits im einstweiligen Verfügungsverfahren zuerkannt werden, was im vorliegenden Fall nicht gegeben sei. Schon im Hinblick auf die Ausdehnung des Radius sei zwischen den Parteien streitig, welches Einzugsgebiet die Verfügungsbeklagten für sich in Anspruch nehmen können, was sowohl nach der Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 27.1.2010 als auch nach Ansicht der Kammer maßgeblich für die Frage der Wirksamkeit des Wettbewerbsverbots sei. Dies lasse sich aufgrund der im einstweiligen Verfügungsverfahren vorgebrachten Mittel jedoch nicht sachgerecht entscheiden.
8. Am 6. August 2013 fand im Bundeskartellamt mit den Verfahrensbevollmächtigten von Franconia eine Besprechung statt. In dieser Besprechung hat die Beschlussabteilung mitgeteilt, dass die ersten Ermittlungen ergeben hätten, dass die von Fashion Outlet Montabaur beanstandete Radiusklausel von einer Vielzahl von Betreibern von Factory Outlets – wenn auch mit unterschiedlichen Radien – angewandt werde. Der Radiusklausel käme daher eine branchenweiten Bedeutung zu, so dass die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit dieser Klausel – und zwar unabhängig von dem Antrag von Fashion Outlet Montabaur - einer grundsätzlichen Klärung bedürfe. Den Verfahrensbevollmächtigten von Franconia wurde dabei eine erste wettbewerbsrechtliche Einschätzung von Seiten der Beschlussabteilung mitgeteilt.<sup>5</sup>
9. Mit Beschluss vom 5. September 2013 hat die Beschlussabteilung Fashion Outlet Montabaur beigeladen.<sup>6</sup>
10. Mit Schreiben vom 12. September 2013 hat die Beschlussabteilung Franconia Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.<sup>7</sup> Der beigeladenen Fashion

---

<sup>4</sup> Verfahrensakte Bd. I, Bl. 309 ff.

<sup>5</sup> Verfahrensakte Band I, Bl. 565.

<sup>6</sup> Verfahrensakte Band II, Bl. 381.

<sup>7</sup> Verfahrensakte Band II, Bl. 419.

Outlet Montabaur wurde die um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Fassung der Abmahnung mit Schreiben vom 19. September 2013 zur Stellungnahme übersandt.<sup>8</sup>

11. Mit Schreiben vom 24. September 2013 hat die Beschlussabteilung gemäß § 49 Abs. 1 GWB die zuständige Landeskartellbehörde von dem Verfahren informiert.<sup>9</sup>
12. Mit Schreiben vom 15. Oktober 2013 hat die beigeladene Fashion Outlet Montabaur Stellung genommen und sich der Bewertung der Sach- und Rechtslage durch die Beschlussabteilung vollinhaltlich angeschlossen. Allerdings seien ihr Radiusklauseln von Franconia bekannt, die eine schärfere Bindung vorsehen als die von Franconia als Vertragsmuster angegebene Fassung.<sup>10</sup>
13. Mit Schreiben vom 17. Oktober 2013 hat die my diary GmbH, die das FOC in Ochtrup betreibt, ausführlich Stellung genommen.<sup>11</sup> Ihr Vortrag wird wie folgt zusammengefasst:
14. Zur Bedeutung des Outlet-Handels als sekundärer Vertriebsweg für die Hersteller hat sie vorgetragen, dass dieser in den letzten Jahren erheblich an Bedeutung gewonnen habe. Zum einen sei insbesondere der Bekleidungs-einzelhandel dazu übergegangen, auf dem primären Vertriebsweg Waren im Kommissionsmodell abzusetzen. Daraus folge, dass die Einzelhandelsge-schäfte nicht abverkaufte Waren an den Hersteller zurückgeben, wodurch bei den Herstellern zunehmend Retouren anfielen. Zum anderen habe sich insbesondere im mittleren Preissegment eine Abkehr von der klassischen Saisonproduktion durchgesetzt. Viele Bekleidungsproduzenten produzierten heutzutage fortlaufend neue Artikel in Zyklen von ein bis zwei Monaten. Durch diese fortlaufende Neuerung stehe nur noch eine kurze Zeitspanne zur Verfügung, um die produzierten Waren im primären Vertriebsweg zu ver-kaufen. Auch dadurch fielen vermehrt Retouren und/oder Überproduktionen beim Hersteller an. Die Hersteller könnten diese Warenüberschüsse im sekundären Vertriebsweg über den Outlet-Handel abverkaufen oder sie zu

---

<sup>8</sup> Verfahrensakte Band III, Bl.1.

<sup>9</sup> Verfahrensakte Band III, Bl. 136.

<sup>10</sup> Verfahrensakte Bd. III, Bl. 339 f.

<sup>11</sup> Verfahrensakte Bd. III, Bl. 347 ff.

geringen Preisen auf die Märkte von Schwellenländern und Drittweitzländern bringen (tertiärer Vertriebsweg).<sup>12</sup>

15. Zu den Erscheinungsformen des Outlet-Handels hat die my diary GmbH ausgeführt, dass zu dem sekundären Vertriebsweg "Outlet-Handel" neben FOC auch Fabrikverkaufsstellen, Agglomerationen von Fachmärkten ohne einheitliches Centermanagement, sonstige Outlet-Geschäfte, Schlussverkäufe des regulären Einzelhandels sowie der Internet-Outlethandel gehörten.<sup>13</sup>
16. FOC als eine Erscheinungsform des Outlet-Handels seien Einkaufszentren, in denen in der Regel zwischen 60 und 150 Shops von Marken Anbietern etabliert seien. Planungsrechtlich seien FOC Einkaufszentren im Sinne des § 11 Abs. 3 BauNVO, die von dem klassischen Einkaufszentrum zu unterscheiden seien. Bei FOC handele es sich um Einkaufszentren mit beschränktem Sortiment, in denen nur das Outlet-Sortiment angeboten werden dürfe, während in klassischen Einkaufszentren das gesamte Sortimentsspektrum zugelassen sei. Outlet-Handel könne überall angesiedelt werden, wo zentrenrelevanter Einzelhandel planungsrechtlich zulässig ist und unter anderem auch in FOC. Regulärer Einzelhandel sei demgegenüber in FOC nicht erlaubt, sondern nur an sonstigen Standorten mit Baurecht für den zentrenrelevanten Einzelhandel.<sup>14</sup>
17. Die Standortwahl von FOC folge zum einen den Anforderungen der Markenhersteller an ihren sekundären Vertriebsweg und zum anderen den Anforderungen an die Rentabilität des FOC. Die Markenhersteller müssten zur Vermeidung einer Schädigung ihres regulären Vertriebs darauf achten, dass die Standorte für FOC einen erheblichen Abstand zu den Großstädten mit ihren regulären Einzelhandelsgeschäften aufweisen. So würden FOC regelmäßig in einem Abstand von ca. 60 km bis 100 km von den sie umgebenden Ballungszentren positioniert.
18. Dieser Abstand führe dazu, dass die Mehrzahl der Kunden erhebliche Fahrzeiten in Kauf nehmen muss, um zu einem FOC zu gelangen. Gleichzeitig sei eine erhebliche Investition erforderlich, um ein FOC zu errichten. Ein Mittelzentrum mit unter 50.000 Einwohnern, wie es typischerweise als FOC Standort gewählt werde, habe bei weitem nicht das Kaufkraftpotential, um

<sup>12</sup> Verfahrensakte Bd. III, Bl. 348.

<sup>13</sup> Verfahrensakte Bd. III, Bl. 350 f.

<sup>14</sup> Verfahrensakte Bd. III, Bl. 354 f.

eine solche Investition rentabel zu machen. Vielmehr benötigten FOC einen großen Einzugsbereich, der Ballungsräume in auch für die Kunden zumutbaren Entfernungen einschließen müsse. Ein solcher Einzugsbereich könne in der Regel nur mit Verkaufsflächengrößen von mehr als 10.000 m<sup>2</sup> Verkaufsfläche erreicht werden. Der maßgebliche Einzugsbereich betrage dann ca. 90 bis ca. 120 Autominuten, entsprechend einem Radius von bis zu ca. 150 km. Bei Kunden außerhalb dieses Radius handele es sich aber um Streuumsätze, die nicht mehr substantiell zur Rentabilität des Centers beitragen würden.

19. Die Anforderungen an die Rentabilität von Factory Outlet Centern verlangten ein hohes Mietniveau bei gleichzeitiger langfristiger Bindung des Mieters, was regelmäßig nur erreicht werden könne, indem der Vermieter einen erheblichen Teil des Umsatzrisikos des Mieters übernehme. So werde regelmäßig eine moderate Sockelmiete vereinbart, die bei durchschnittlicher Vermietungsquote nur dafür ausreiche, das Fremdkapital zu bedienen. Daneben gebe es eine Umsatzmiete, bei der sich der überschießende Mietbeitrag aus den erzielten Umsätzen errechne. Um eine angemessene Eigenkapitalverzinsung und einen Rückfluss des Eigenkapitals zu erreichen, sei es erforderlich, dass Umsatzmieten in nennenswertem Umfang erzielt werden können.
20. Der Mietvertrag verlange ein hohes Maß an Kooperation zwischen Mieter und Vermieter, um eine möglichst hohe Kundenfrequenz und möglichst hohe Umsätze im gesamten FOC zu erzielen. Der Zweck des Mietvertrages sei also gerade darauf ausgerichtet, dass möglichst viele Kunden aus einem möglichst weiten Einzugsbereich geworben werden. Die Anmietung eines weiteren Geschäfts in einem anderen FOC im Einzugsbereich durch den Mieter stelle eine Vertragszweckgefährdung und damit eine Vertragsverletzung dar. Die Radiusklausel konkretisiere nur die Vertragspflicht des Mieters.
21. Zur Radiusklausel hat die my diary GmbH weiter ausgeführt, dass diese keinen absoluten Schutz vor Konkurrenz biete. Die Klausel verhindere zudem auch nicht, dass weitere FOC innerhalb des Radius entstehen, sondern nur, dass sich dort die gleichen Marken ansiedeln. Dabei sei zu beachten, dass die überwiegende Anzahl der FOC-Kunden in den Ballungsgebieten wohne. Von diesen Kunden werde das FOC abgeschnitten, wenn



sich deutlich näher am Ballungsgebiet ein FOC ansiedele, das die gleichen Marken führe.<sup>15</sup>

22. Auch zur rechtlichen Würdigung der Radiusklausel hat die my diary GmbH umfangreiche Ausführungen gemacht.<sup>16</sup> Sie ist der Ansicht, dass die Radiusklausel nicht gegen § 1 verstoße, da sie schon keine Wettbewerbsbeschränkung darstelle oder jedenfalls keine spürbare Wettbewerbsbeschränkung vorliege.
23. Die wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Radiusklauseln sei auf die aktuellen Mieter des FOC beschränkt. Da nur der eigene Mieterkreis des FOC-Betreibers gebunden werde, sei es den Betreibern eines weiteren FOC innerhalb des Radius auch ohne Weiteres möglich, einen attraktiven Mietermix aus anderen Mietern in ihrem FOC anzubieten. In jeder der relevanten Branchen sei eine Vielzahl von Unternehmen tätig.<sup>17</sup>
24. Auch gemessen an quantitativen Kriterien führten die Radiusklauseln zu keiner spürbaren Wettbewerbsbeschränkung, da für die hier gegebene vertikale Vereinbarung die 15 %-Grenze der De-minimis-Bekanntmachung gelte. Sogar bei Abgrenzung eines eigenen Marktes für Flächen für den Outlet-Handel, würde den einzelnen FOC im relevanten zumindest bundesweiten Markt nur ein Marktanteil im einstelligen Prozentbereich zukommen.<sup>18</sup>
25. Selbst wenn die Radiusklausel als Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. § 1 GWB angesehen werden sollte, lägen jedenfalls die Freistellungsvoraussetzungen nach § 2 Abs. 1 GWB vor.<sup>19</sup> Die Radiusklausel sei Teil der Kooperation zwischen Mieter und Vermieter im FOC-Mietvertrag. Der Vermieter profitiere an dem hohen Umsatz durch höhere Mieten, der Mieter durch eine Steigerung des Gewinns, so dass ein Effizienzvorteil vorliege.
26. Die Effizienzsteigerung für Mieter und Vermieter im FOC böten für den Endkunden verschiedene Vorteile. Der Kunde könne im FOC Markentextilien zu erheblich reduzierten Preisen beziehen. Außerdem lägen FOC in ländlicheren Regionen, in denen insbesondere die Premiummarken im regulären Einzelhandel nicht angeboten werden. Damit ermöglichen FOC der Bevölkerung des Einzugsgebietes erst den direkten Zugang zu diesen Produkten.

---

<sup>15</sup> Verfahrensakte Bd. III, Bl. 362 f.

<sup>16</sup> Verfahrensakte Bd. III, Bl. 367 ff.

<sup>17</sup> Verfahrensakte Bd. III, Bl. 372 f.

<sup>18</sup> Verfahrensakte Bd. III, Bl. 374 ff.

<sup>19</sup> Verfahrensakte Bd. III, Bl. 382 ff.

27. Die Radiusklausel sei zudem auch unerlässlich i.S.d. § 2 GWB, da die einzelne Radiusklausel in Inhalt und Umfang auf das notwendige Maß reduziert sei. Dafür Sorge schon der Interessengegensatz zwischen Vermieter und Mieter, der sich im individuellen Aushandeln und starken Schwankungen bei Reichweite und Inhalt der mit den jeweiligen Mietern vereinbarten Klauseln auswirke.
28. Mit Schreiben vom 23. Oktober 2013 hat Franconia Stellung genommen und im Wesentlich vorgetragen, dass die Abmahnung auf falschen oder unvollständigen Tatsachen beruhe.<sup>20</sup> Insbesondere sei die Auswahl der befragten Marktteilnehmer nicht repräsentativ und basiere auf den ungeprüften Vorschlägen der Beigeladenen. Im Rahmen der Marktbefragung seien ungeeignete Fragen gestellt und erforderliche Fragen zur Notwendigkeit der Radiusklausel für den nachhaltigen wirtschaftlichen Erfolg des Wertheim Village überhaupt nicht gestellt worden.
29. Die Radiusklausel von Franconia sei nicht kartellrechtswidrig, da eine Wettbewerbsbeschränkung nicht bezweckt werde. Die Klausel sei auch nicht geeignet, mit VR konkurrierende Betreiber vom Markt fernzuhalten, insbesondere da selbst innerhalb des 150 km Radius noch ausreichend viele Markenhersteller für eine Anmietung von Outletflächen zur Verfügung stünden.
30. Darüber hinaus sei die Radiusklausel zur Sicherung des nachhaltigen wirtschaftlichen Erfolges des Wertheim Village und der Investitionen von Franconia und der Mieter zwingend erforderlich und ihr Umfang angemessen. Die bisherige Rechtsprechung des Kartellsenats des OLG Karlsruhe bestätige die Angemessenheit der Radiusklausel.
31. Eine etwaige Wettbewerbsbeschränkung wäre im Übrigen nicht spürbar, denn bei einem richtig abgegrenzten Markt liege der Marktanteil von VR deutlich unter 15% und damit unterhalb der Spürbarkeitsschwelle. Der relevante Markt umfasse nämlich mindestens die Vermietung von Einzelhandelsflächen im Bundesgebiet und angrenzenden Nachbarländern.
32. Am 6. November 2013 fand eine weitere Besprechung mit Franconia im Bundeskartellamt statt, in der die schriftlich vorgetragenen Argumente ver-

---

<sup>20</sup> Verfahrensakte Bd. III, Bl. 407 ff., Anlagenband III, 1. Halbbd. Bl. 1 ff.

tieft wurden.<sup>21</sup> Dabei wurde unter anderem angeführt, dass es knapp 1.000 alternative Marken gäbe, die für das FOC-Geschäft in Betracht kämen.

33. Am 14. November 2013 fand eine Besprechung mit der beigeladenen Fashion Outlet Montabaur statt. Dabei wurden Fragen der Marktabgrenzung vor dem Hintergrund des Vortrags von Value Retail diskutiert. Nach Ansicht der Beigeladenen ist der sachlich relevante Markt eindeutig auf die Anmietung von Flächen in FOC beschränkt. Für die Mieter von FOC-Ladenflächen sei der Vertrieb von Überschussware in FOC nicht mit anderen Vertriebsformen austauschbar. Insbesondere sei für die Markenhersteller der Verkauf in einem FOC profitabler als der Abverkauf zu reduzierten Preisen im regulären Einzelhandel.<sup>22</sup> Aus einer während der Besprechung von der Beigeladenen eingereichten Aufstellung geht hervor, dass in den dort genannten zehn FOC in Deutschland im September 2013 rd. 280 Marken vertreten gewesen sein sollen.<sup>23</sup>
34. Am 15. November fand eine Besprechung mit dem Geschäftsführer des German Fashion Modeverband Deutschland e.V. statt, der ca. 350 deutsche Markentextilhersteller vertritt.<sup>24</sup> Der Verbandsgeschäftsführer berichtete, das Thema Radiusklauseln sei im Verband erstmalig aufgetaucht anlässlich des Rechtsstreits zwischen FOC Wertheim und dem geplanten FOC in Montabaur. Im Arbeitskreis Recht des Verbandes, dem Vertreter von 24 Mitgliedern angehörten, habe man über die Radiusklausel zunächst unter AGB-rechtlichen Aspekten diskutiert, da die Radiusklauseln in den Vertragsentwürfen der Vermieter bereits vorgegeben seien. Die Mehrheit der im Arbeitskreis vertretenen Mitglieder fühle sich durch die Radiusklausel erheblich eingeschränkt und lehnten diese ab. Zumindest alle, die sich im Arbeitskreis zur Radiusklausel geäußert hätten, seien gegen die Radiusklausel.
35. FOC hätten in den letzten Jahren als Vertriebsform der Hersteller erheblich an Bedeutung gewonnen, da heute durch Kommissionsverträge mit dem Handel das Absatzrisiko weitgehend auf den Hersteller verlagert sei. Der Hersteller bleibe Eigentümer der unverkauften Ware mit der Folge, dass er die Ware beim nicht gelungenen Abverkauf des Händlers wieder zurücknehmen müsse. Die zurückgenommene Ware könne der Hersteller dann in

---

<sup>21</sup> Verfahrensakte Bd. III, Bl. 530 ff.

<sup>22</sup> Verfahrensakte Bd. III, Bl. 561 f.

<sup>23</sup> Verfahrensakte Bd. III, Bl. 580 ff.

<sup>24</sup> Verfahrensakte Bd. III, Bl. 588 f.

FOC verkaufen, wo die Ware in einem hochwertigen Umfeld präsentiert werde und die Gefahr der Schädigung des Markenimages, die bei anderen Formen des sekundären Vertriebs auftreten könne, nicht gegeben sei. Die Bedeutung des FOC-Vertriebs für Markenhersteller beruhe daher vor allem darauf, dass der sekundäre Vertrieb nicht unkontrolliert verlaufe, also z.B. keine Markenware in Ramschläden auftauche, sondern dass die Ware in einem hochwertigen Umfeld und noch mit einer guten Rendite verkauft werden könnte. Im Übrigen habe heute fast jeder größere Konfektionär auch ein eigenes Online-Portal. Auch hier gehe es dem Hersteller darum, den Vertrieb möglichst unter eigener Kontrolle zu behalten.

36. Die Gesamtverkaufsfläche in FOC sei hierzulande im internationalen Vergleich noch unterentwickelt. Vor allem in Großbritannien, wo die Vertriebsform der FOC schon mindestens ein Jahrzehnt früher etabliert worden sei, gebe es eine wesentlich höhere Dichte an FOC als in Deutschland. Radiusklauseln seien in Großbritannien sowie auch sonst im europäischen Ausland wohl eher eine Ausnahmeerscheinung und hätten eher ein geringeres Ausmaß.
37. Dass die Radiusklauseln auch im Interesse der Markenanbieter als Mieter in FOC lägen, sei fernliegend. Diese würden ihren Vertrieb doch wohl eher selbst organisieren wollen. Dies betreffe auch die Frage, an welchen weiteren FOC-Standorten sie sich niederlassen wollten. Die 150 km – Radiusklauseln von Value Retail in Wertheim und Ingolstadt deckten beinahe den gesamten süddeutschen Raum ab und behinderten somit die Niederlassungsfreiheit dieser Mieter in anderen FOC in diesem gesamten Raum. Im Übrigen gebe es - anders als von Franconia behauptet - keinesfalls 1.000 Markenanbieter, die als Mieter in FOC in Betracht kämen. In Deutschland seien wohl weniger als dreihundert Markenanbieter in FOC vertreten, die Anzahl der „must have Marken“ sei noch viel geringer.<sup>25</sup>
38. Am 29. November 2013 fand ein Gespräch mit den Verfahrensbevollmächtigten der My Diary GmbH, die das FOC Ochtrup betreibt, statt, die schon mit Schreiben vom 17. Oktober ausführlich Stellung genommen hatten.<sup>26</sup> Es wurde bei der Gelegenheit erneut vorgetragen, dass der Vertrieb von Outlet-Ware in FOC nur eine unter vielen Vertriebsalternativen der Hersteller darstelle.

<sup>25</sup> Verfahrensakte Bd. III, Bl. 588 f.

<sup>26</sup> Verfahrensakte Bd. IV, Bl. 75 ff.

39. Im Wesentlichen wurde der Vortrag aus der Stellungnahme wiederholt. Die Radiusklausel verstoße als notwendige Nebenabrede zum Mietvertrag nicht gegen § 1 GWB. Ohne die Radiusklausel könne ein FOC nicht wirtschaftlich und damit gar nicht betrieben werden.
40. Mit Beschluss vom 14. November 2013 hat die Beschlussabteilung den Beiladungsantrag des Handelsverband Nordbaden e.V. abgelehnt, weil die Voraussetzungen für eine notwendige Beiladung nach § 13 Abs. 2 Satz 2 VwVfG nicht erfüllt waren und eine Beiladung des Antragsteller nach § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB in Ermangelung einer im Sinne der Vorschrift erheblichen Berührung seiner Interessen ausschied.<sup>27</sup> Gegen die Ablehnung des Beiladungsantrags hat der Handelsverband Nordbaden e.V. am 17. Dezember 2013 Beschwerde vor dem OLG Düsseldorf eingelegt<sup>28</sup>, das die Beschwerde nach mündlicher Verhandlung am 25. Juni 2014 mit Beschluss vom 2. Juli 2014 zurückgewiesen hat.<sup>29</sup>
41. Mit Schreiben vom 9. Dezember 2013 hat die beige ladene Fashion Outlet Montabaur Ausführungen zum Vergleich verschiedener Handelsformen, zur Zukunftsperspektive des Fashion Outlet Montabaur und zu allgemeinen Marktinformationen gemacht.<sup>30</sup> Als Anlage zu dem Schreiben wurde insbesondere eine von der Beigeladenen erstellte Übersicht über die Charakteristika unterschiedlicher Handelsstandorte für Marken eingereicht, aus der die Präferenzen der Marken zu der jeweiligen Handelsform, wie z.B. FOC, Fabrikverkaufstellen, Einzel-Outlets und Outlet-Agglomerationen (bis 5.000 m<sup>2</sup>) hervorgehen sollen.<sup>31</sup> In der Übersicht ist angegeben, dass die Luxus- und Premiummarken sich nicht bereits ab Eröffnung eines FOC einmieten, sondern frühestens nach einer Anlaufzeit von fünf bzw. zwei Jahren und dass für Luxus- und Premiummarken das Markenumfeld in einem FOC und die Wahrung ihres Markenimages erstrangige Entscheidungsfaktoren seien. Der Vertrieb über Fabrikverkaufstellen, Einzel-Outlets und Outlet-Agglomerationen komme für Luxusmarkenhersteller niemals in Betracht, für Premiummarkenhersteller nur in sehr selektiver Form über Fabrikverkaufstellen oder Einzel-Outlets am Herstellerstandort. Auch für die dritte Gruppe der gehobenen Markenhersteller rangiere das Marken-

27      Verfahrensakte Bd. III, Bl. 607 ff.

28      Verfahrensakte Bd. IV, Bl. 175 ff.

29      Verfahrensakte Bd. V, Bl. 144 ff

30      Verfahrensakte Bd. IV, Bl. 134 ff.

31      Verfahrensakte Bd. IV, Bl. 142 ff.

umfeld nach dem Umsatzpotential an zweiter Stelle, wobei hier des Öfteren aber auch ein Vertrieb über kleinere Outlet-Agglomerationen stattfindet. Die Basismiete belaufe sich bei gut im Markt positionierten FOC auf bis zu 80 €/m<sup>2</sup> und sei damit um ein mehrfaches höher als bei Fabrikverkaufsstellen und Einzel-Outlets (bis 15 €/m<sup>2</sup>) sowie Outlet-Agglomerationen (bis 25 €/m<sup>2</sup>). Hinzu kämen bei FOC die Umsatzmiete in Höhe von bis zu 12% sowie eine Service- und Marketingumlage, die bei Fabrikverkaufsstellen und Einzel-Outlets gar nicht und bei Outlet-Agglomerationen nur dann vorhanden sei, wenn sie gemeinsam organisiert seien.<sup>32</sup> Der in den verschiedenen Outlet-Handelsformen erreichbare Umsatz unterscheide sich ganz erheblich. So könnten in FOC hohe bis sehr hohe Umsätze von bis über 20.000 €/m<sup>2</sup> erreicht werden, während sich der erreichbare Umsatz in anderen Outlet-Vertriebsstellen auf maximal 5.000 €/m<sup>2</sup> belaufe. Der erreichbare Gewinn sei in FOC sehr hoch, in anderen Outlet-Vertriebsstellen dagegen niedrig bis mittel.<sup>33</sup>

42. Mit Auskunftsbeschlüssen vom 10. Dezember 2013 und 8. Januar 2014 hat die Beschlussabteilung einen Fragebogen an insgesamt 261 Markenartikelhersteller gerichtet, die in FOC in Deutschland Ladengeschäfte angemietet haben.<sup>34</sup> Auch an die Betreiber von insgesamt 13 FOC in Deutschland, darunter auch Franconia und ihre Schwestergesellschaft Bavaria, die das FOC in Ingolstadt betreibt, wurden am 10. Dezember 2013 Auskunftsbeschlüsse adressiert. Die einzelnen Ermittlungsergebnisse wurden in den Vermerken vom 19. September 2014 ausgewertet.<sup>35</sup>
43. Mit einem weiteren Auskunftsbeschluss vom 10. Dezember 2013 wurde Franconia aufgegeben, dem Bundeskartellamt bis zum 17. Januar 2014 schriftlich Auskünfte zu erteilen bzw. Unterlagen vorzulegen.<sup>36</sup> In dem Auskunftsbeschluss waren insgesamt acht Fragen aufgeführt, von denen die Fragen 1., 2. und 3. aus Sicht der Beschlussabteilung nicht in dem zu erwartenden Umfang beantwortet wurden. [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]

<sup>32</sup> Verfahrensakte Bd. IV, Bl. 142 R.

<sup>33</sup> Verfahrensakte Bd. IV, Bl. 143.

<sup>34</sup> Verfahrensakte Bd. IV, Bl. 110 ff., Bl. 185 ff.

<sup>35</sup> Verfahrensakte Bd. V, Bl. 339 ff.

<sup>36</sup> Verfahrensakte Bd. IV, Bl. 87 ff.

[REDACTED]  
 [REDACTED]  
 [REDACTED]  
 [REDACTED]  
 [REDACTED] die [REDACTED]  
 [REDACTED] Unterlagen zu einem beantragten Kredit [REDACTED]  
 [REDACTED] hat die Beschlussabteilung  
 [REDACTED] von dem Kreditinstitut [REDACTED]  
 [REDACTED] [erhalten].<sup>37</sup> Auch diese Informationen  
 wurden im vorliegenden Verwaltungsverfahren berücksichtigt.

44. Mit Schreiben vom 26. März 2014 hat die die my diary GmbH, die das FOC in Ochtrup betreibt, im Nachgang zu der Besprechung am 29. November 2013 nochmals insbesondere zur sachlichen Marktabgrenzung und zur Auswahl der vom Bundeskartellamt befragten Markenanbieter Stellung genommen.<sup>38</sup>
45. Mit Schreiben vom 8. April 2014 hat Franconia nochmalig Stellung genommen und im Wesentlichen vorgetragen, dass die Beschlussabteilung sowohl in der Besprechung am 6. November 2013 als auch bei ihren erneuten Ermittlungen in verschiedenen Punkten einen unrichtigen Sachverhalt zugrunde gelegt habe und daraus falsche Schlüsse ziehe.<sup>39</sup> Die von Franconia verwendeten Radiusklauseln seien bereits objektiv nicht geeignet, andere FOC-Betreiber spürbar zu behindern. Das Auswirkungspotenzial der Radiusklausel sei geringer als bei einem klassischen Markenzwang. In der Radiusklausel verpflichteten sich die Mieter gerade nicht, sämtliche Dienstleistungen auf dem relevanten Markt nur von Franconia zu beziehen. Erfasst seien außerdem nur die Marken, die die Mieter im FOC-Wertheim anbieten. Des Weiteren stünden die Vermietungsleistungen von Franconia sowohl sachlich als auch räumlich mit anderen Dienstleistungen im Wettbewerb.
46. Die Radiusklausel habe wegen der Verfügbarkeit zahlreicher anderer, nicht im FOC-Wertheim gebundener Marken keine Eignung zur Marktabschottung. Anders als die Beschlussabteilung in der Besprechung vom 6. November 2013 geäußert habe, gebe es keine kleinere Zahl von „Ankermarken“, die für den Auftritt eines FOC von entscheidender Bedeutung seien. Es gebe nicht

<sup>37</sup> Siehe Kopie des Auskunftersuchens in Verfahrensakte Bd. V, Bl. 134 ff.  
<sup>38</sup> Verfahrensakte Bd. IV, Bl. 261 ff.  
<sup>39</sup> Verfahrensakte Bd. V, Bl. 1 ff.

einmal irgendeine Gruppe von „wichtigen“ Markenherstellern, bei der im Falle einer vertraglichen Bindung durch eine Radiusklausel eine Behinderung von konkurrierenden FOC eintreten könnte. Es gebe außerhalb des im FOC Wertheim vertretenen Markenspektrums in jedem denkbaren Hersteller-Segment eine Vielzahl von mindestens gleich attraktiven Marken, die potentiellen oder existierenden FOC-Betreibern zur Verfügung stünden.

47. Der weitere Vortrag von Franconia enthält im Wesentlichen eine Kritik an der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung sowie an der kartellrechtlichen Bewertung der Radiusklausel, wie sie in der 1. Abmahnung des Bundeskartellamtes vom 12.9.2013 und in der Besprechung vom 6. November 2013 zum Ausdruck gekommen ist.
48. Zur sachlichen Marktabgrenzung führt Franconia aus, eine Beschränkung des sachlich relevanten Marktes auf die Vermietung von Verkaufsflächen in FOC entspreche nicht den Austauschmöglichkeiten der Marktgegenseite. Der Verkauf über FOC-Ladenlokalen und damit die Nachfrage nach solchen Flächen sei für die Markenhersteller als direkte Abnehmer mit zahlreichen anderen Verkaufskanälen austauschbar. In sachlicher Hinsicht gebe es zumindest einen Markt für die Nachfrage nach allen Arten von Einzelhandelsverkaufsflächen, der auch Vertriebsmöglichkeiten über das Internet mit einschließe.
49. Bei der räumlichen Marktabgrenzung sei nicht auf die Verbraucher, die in einem FOC einkaufen, und damit auf das „Einzugsgebiet“ eines FOC abzustellen, vielmehr komme es allein auf die Sicht der Markenhersteller als direkte Abnehmer der betroffenen Dienstleistungen an. Für die Markenhersteller bestehe keinerlei Notwendigkeit, in einem ganz bestimmten abgrenzbaren Gebiet, etwa einer bestimmten Metropolregion, tätig zu sein. Vielmehr komme es allein darauf an, dass ein bestimmter Verkaufskanal oder -standort ausreichend viele Kunden erreichen könne. Damit erfasse der räumlich relevante Markt mindestens das gesamte Gebiet Deutschlands einschließlich der angrenzenden Regionen in Nachbarstaaten (insbesondere Benelux, Frankreich und Österreich), und bei Einbeziehung des Internethandels wenigstens die gesamte Eurozone.
50. Die Logik der Bestimmung von Einzugsgebieten existiere zwar auch im Planungsrecht. Die Methodik der 30, 60, 90-Minuten Fahrtzeit-Isochrone werde dort aber nur zur Vereinfachung der Prüfung der Auswirkungen eines FOC



auf den traditionellen Einzelhandel in den Innenstädten verwendet. Sie decke sich jedoch nicht mit kartellrechtlich relevanten Erwägungen zur Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes.

51. Das tatsächliche Einzugsgebiet des Wertheim Village sei damit für die räumliche Marktgrenzung völlig irrelevant, sondern wäre nur bei der Notwendigkeit des konkreten Radiusumfangs im Rahmen der Nebenabreden- oder Freistellungsprüfung zu prüfen.
52. Die Beschlussabteilung gehe offenbar davon aus, dass FOC-Betreiber eine Marktmacht haben, die sie in die Lage versetzen würde, ohne jeglichen Schutz ihrer Investitionen auszukommen. Das Gegenteil sei der Fall. Die Radiusklausel sei in ein System von Investitionskostenzuschüssen, Vertragslaufzeiten, einer Umsatzbeteiligung an der Miete u.a. eingebettet, das insgesamt dazu führen solle, dass die von Franconia getätigten Investitionen amortisiert werden und die Markenhersteller den für sie notwendigen Umsatz erreichen. Es gebe ein kartellrechtlich anzuerkennendes Interesse der FOC-Betreiber zum Schutz ihrer nicht nur zu Beginn sondern auch während des Verlaufs des Betriebs getätigten Investitionen. Nur durch die Sicherstellung eines Mindestumsatzniveaus könnten die mit einem langfristigen Mieterverhältnis verbundenen Kosten und – die von den Mietern geforderten – Investitionen getragen werden. Wenn dieselben Marken in weiteren FOC im Einzugsgebiet verkauft würden, wären die Umsätze aller im FOC vertretenen Markenhersteller und damit der kommerzielle Erfolg des Wertheim Village gefährdet. Um insbesondere auch die mieterspezifischen Investitionen amortisieren zu können, seien vertragliche Vorkehrungen erforderlich.
53. Die Beschlussabteilung habe in der Besprechung am 6. November 2013 durchblicken lassen, dass man möglicherweise über einen zeitlich limitierten Schutz für die Anfangsphase eines FOC zur Amortisierung der Baukosten nachdenken könne. Diese Sichtweise ignoriere jedoch, dass FOC-Betreiber laufende Investitionen tätigten, die mit der Zeit eher noch zunähmen und daher dauerhaft geschützt werden müssten. Auch bei Ausschließlichkeitsbindungen sei anerkannt, dass beziehungspezifische Investitionen bestimmte Einschränkungen, so etwa Markenzwang für mehr als fünf Jahre, rechtfertigen können, und zwar insbesondere für die gesamte Dauer der Amortisierung der Investition. Wie die bisher überreichten Übersichten verdeutlichten, nähmen die Investitionen von Franconia, u.a. die spezifisch für

einzelne Mieter getätigten Investitionen, über die Zeit auch eher zu als ab, weshalb ein Schutz für die gesamte Vertragsdauer notwendig sei.

54. Zu berücksichtigen sei außerdem, dass mit den Mietern anfänglich zumeist eine besonders niedrige Basismiete vereinbart werde, um ihr Risiko einer Fehlinvestition zu minimieren. Für die Investitionen maßgeblicher Faktor sei jedoch die Entwicklung der Umsatzmiete im Laufe der Jahre. Diese steige regelmäßig sehr deutlich an, was i.d.R. zu einem nachfolgenden Anwachsen auch der Basismiete führe. Wesentlicher als der Anteil der Umsatzmiete an der Gesamt-Nettomiete sei die Erwartung einer stark steigenden Umsatzmiete und damit auch einer Steigerung der Gesamt-Nettomiete.
55. Im Übrigen habe jedes FOC je nach seiner besonderen Lage ein unterschiedliches Einzugsgebiet und bedürfe eines auf die konkreten Verhältnisse angepassten Schutzes. Was andere Betreiber von FOC jeweils mit ihren Mietern vereinbarten, sei für die Frage der Legitimität der Radiusklausel für das Wertheim Village ohne jede Bedeutung. Dennoch werde darauf hingewiesen, dass andere FOC-Betreiber mit ihren Mietern nicht nur kleinere oder gar keine Radien, sondern in einzelnen Fällen auch größere Radien von bis zu 200 km vereinbarten.
56. Das kartellrechtlich relevante Einzugsgebiet des Wertheim Village betrage jedenfalls mindestens 150 km. Das Einzugsgebiet eines FOC anhand irgendeines Prozentsatzes von FOC-Besuchern mit Wohnsitz in einem bestimmten Umkreis festzulegen und dabei weitere Besucher unberücksichtigt zu lassen, erscheine willkürlich.
57. Die Beschlussabteilung habe nicht nachvollziehbar dargelegt, warum Kunden mit mehr als 120 oder sogar nur 90 Fahrminuten Wohnsitzentfernung vornehmlich "Zufalls-" bzw. "Streukunden" seien. Die Annahme, dass sich diese Kunden ohnehin aus einem anderen Grunde innerhalb eines 90-minütigen Fahrtradius um das Wertheim Village herum aufhielten, sei rein spekulativ.
58. Dabei könne auch nicht die Lademann-Studie herangezogen werden: Danach liege der dort für FOC (insbesondere für das Wertheim Village) angenommene Streukundenanteil bei 20%, während er beim Wertheim Village tatsächlich sogar über ■ [35-45]% liege. Dass dieser Anteil an tatsächlichen Besuchern als irrelevante Streukunden bezeichnet würde, leuchte

nicht ein. Zudem müssten zumindest die geplanten und die touristischen Besuche dieser "Streukunden" voll berücksichtigt werden.

59. Die vereinfachte Methodik der 30-, 60-, 90-Minuten Fahrtzeit-Isochrone entstamme dem Planungsrecht, decke sich aber nicht mit den wirtschaftlichen Erwägungen der FOC-Betreiber und/ oder ihrer Mieter bzw. deren Erkenntnissen zum tatsächlichen Einzugsgebiet eines bestimmten FOC. Anstatt die ganze Welt als möglichen Einzugsbereich eines FOC zu betrachten, werde mit den Behörden jeweils ein pragmatischer Radius abgestimmt, für welchen dann die raumordnerischen Auswirkungen bewertet würden. Dabei sei entscheidend, dass vor allem der Einfluss im Nähebereich geprüft werde, da es hier planungsrechtlich keine negativen Auswirkungen geben dürfe. Die Kernaussage der von Franconia vorgelegten Studien sei, dass viele Kunden von weiter her kommen, was wegen der bei dieser Distanz großen Streuung planungsrechtlich ohne Belang sei.
60. Mit Schreiben vom 19.12.2014<sup>40</sup>, 03.02.2015<sup>41</sup> und 18.02.2015<sup>42</sup> sowie in der Besprechung vom 23.01.2015 hat Franconia zur 2. Abmahnung der Beschlussabteilung vom 07.11.2014<sup>43</sup> sowie zum Ergänzungsschreiben vom 09.02.2015<sup>44</sup> Stellung genommen. Hierin hat sie im Wesentlichen ihren Vortrag wiederholt bzw. auf vorangegangenen Stellungnahmen Bezug genommen. Vertieft wurde insbesondere der Vortrag zur Frage der bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkung.
61. Mit Schreiben vom 21.01.2015 hat die Beigeladene zu der -mit erheblichen Schwärzungen wegen vermeintlicher Geschäftsgeheimnisse versehenen- 2. Abmahnung der Beschlussabteilung Stellung genommen. Sie hat hierin im Wesentlichen ihren Vortrag zur Wettbewerbsbeschränkung vertieft und zum Antrag Franconia's zur Aufhebung der sofortigen Vollziehbarkeit Stellung genommen.
62. Mit einem Antrag auf einstweilige Verfügung hatte sich die beigeladene Fashion Outlet Montabaur zwischenzeitlich am 16.12.2014 an das Landgericht Hamburg gewandt. Sie hatte beantragt, der Franconia gerichtlich zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des

<sup>40</sup> Verfahrensakte Band VIII, Bl. 8ff.

<sup>41</sup> Verfahrensakte Band IX, Bl. 3ff.

<sup>42</sup> Verfahrensakte Band IX, Bl. 48ff.

<sup>43</sup> Verfahrensakte Band VII, Bl. 10ff.

<sup>44</sup> Verfahrensakte Band IX, Bl. 24ff.

Wettbewerbs, gegenüber Mietern von Flächen im FOC Wertheim eine strafbewehrte Unterlassungserklärung zu fordern, mit der sich der Mieter, der mit einer bestimmten Marke im FOC Wertheim vertreten ist, verpflichten soll, es zu unterlassen, ein Geschäft im Fashion Outlet Montabaur zu eröffnen bzw. zu betreiben. Zur Begründung des Antrages hatte sie vorgetragen, dass die Antragsgegnerin versuche, durch einen Boykottaufruf in Form der Aufforderung zur Abgabe einer Unterlassungserklärung auf die Mieter der Fashion Outlet Montabaur einzuwirken. Die Antragsgegnerin habe durch ihre Rechtsanwaltskanzlei an ihre Mieter, darunter die Tom Tailor Retail GmbH, Hamburg, Schreiben versendet, mit denen diese zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung im vorgenannten Sinne aufgefordert worden seien. Das Landgericht Hamburg hatte daraufhin am 30.12.2014 die Einstweilige Verfügung gegen Franconia antragsgemäß erlassen.

## 2. Franconia und die mit ihr verbunden Unternehmen

63. Franconia betreibt seit 2003 das FOC Wertheim Village. Sie erzielte hiermit im Jahr 2012 Umsatzerlöse von insgesamt [REDACTED] [15-25] Mio €. <sup>45</sup> Die Verträge sehen dabei in der Regel eine feste Grundmiete und einen an den Umsatz der Mieter gekoppelten Erfolgsanteil vor. Im Durchschnitt betragen die Grundmiete [REDACTED] [70-80]% und der umsatzabhängige Anteil [REDACTED] [20-30]% der Nettokaltmiete. Die Kostenumlagen betragen [REDACTED] [20-30]% der Bruttomieteträge.
64. Unmittelbare Gesellschafter der Franconia sind mit über 75% der Anteile die VR European Holdings B.V., Amsterdam, Niederlande, sowie zehn weitere Unternehmen und natürliche Personen. <sup>46</sup> Die VR European Holdings B.V., die jeweils auch Mehrheitsgesellschafterin der Eigentümergesellschaften sämtlicher neun FOC (sog „Villages“) ist, die unter dem Namen Value Retail betrieben werden, gehört zu 100% zur Unternehmensgruppe des Herrn Scott Malkin. <sup>47</sup> Die Unternehmensgruppe betreibt in Deutschland über die VR Bavaria GmbH noch das FOC in Ingolstadt. Bei den sieben weiteren im europäischen Ausland betriebenen FOC handelt es sich um die Villages in Bicester, Großbritannien, Fidenza, Italien, Kildare, Irland, La Roca, Spanien,

<sup>45</sup> [REDACTED]

<sup>46</sup> Siehe Anlage 1 zum Schreiben vom 15. Juli 2013, Verfahrensakte Bd. I, Bl. 360.

<sup>47</sup> Siehe Seite 5 und Anlage 5 des Schreibens vom 9. August 2013, Verfahrensakte Bd. II, Bl. 5, Anlagen Bd. II, Bl. 86.

Las Rozas, Spanien, La Vallée, Frankreich und Maasmechelen, Belgien. Die VR European Holdings B.V. erzielte 2012 einen konsolidierten Umsatz von [140-160] Mio. €.<sup>48</sup> Die weiteren Umsätze der Eigentümergesellschaften der FOC in Bicester und Maasmechelen, die nicht zum Konsolidierungskreis der VR European Holdings B.V. gehören,<sup>49</sup> beliefen sich 2012 auf [65-75] Mio. und [15-25] Mio. €.

65. Neben den vorgenannten Eigentümern bzw. Vermietern der Villages gibt es noch die sog. Managementgesellschaften, die nach einer vertraglichen Vereinbarung mit den jeweiligen Eigentümergesellschaften das Management und die Dienstleistungen gegenüber den Mietern erbringen.<sup>50</sup> Bei den Managementgesellschaften handelt es sich um VR Management (Wertheim Village), VR Management (Ingoistadt Village, (beide Tochtergesellschaft der VR Management Germany GmbH), VR Management (Bicester Village) Ud, VR Management Ud, VR Management (Fidenza Village) SRL, VR Management (Kildare Village) Ud, VR Management La Roca SL, (Tochter der VR Management Spain SL), VR Management Las Rozas SL, (Tochter der VR Management Spain SL), VR Commercialisation France SARL, VR Development France SARL, VR Tourism & Promotion France SARL, VR Management France SARL und VR Management Belgium NV.<sup>51</sup>
66. Der Umsatz der Management-Gesellschaften wird bei deren alleiniger Gesellschafterin Value Retail plc, London, Großbritannien, konsolidiert, die im Jahr 2012 insgesamt Umsätze von [120-140] Mio. € erwirtschaftete. Die Gesellschafter der Value Retail plc sind VR Holdings, L.L.C. mit ca. 40%, Hammerson UK Properties plc und Hammerson (Value Retail Investments) Limited mit zusammen ca. 20%, Stichting Pensioenfonds ABP ca. 15% und Chelsea GCA Realty L.L.C. mit ca. 10%. Daneben gibt es noch sieben weitere Gesellschafter mit jeweils unter 5% der Stimmrechte.<sup>52</sup> Die alleinige Kontrolle über Value Retail plc übt Herr Scott D. Malkin aus, da er über die vom ihm kontrollierten Gesellschaften in der

<sup>48</sup> Siehe Seite 10 und Anlage 12 des Schreibens vom 9. August 2013, Verfahrensakte Bd. II, Bl. 10, Anlagen Bd. II, Bl. 108.

<sup>49</sup> Siehe Seite 10 und Anlagen 13 a und b sowie Anlage 19 des Schreibens vom 9. August 2013, Verfahrensakte Bd. II, Bl. 10, Anlagen Bd. II, Bl. 103 f und 116.

<sup>50</sup> Siehe Seite 4 und 5 des Schreibens vom 9. August 2013, Verfahrensakte Bd. II Bl. 4 f.

<sup>51</sup> Siehe Seite 4 und 5 des Schreibens vom 9. August 2013, Verfahrensakte Bd. II Bl. 4 f.

<sup>52</sup> Siehe Anlage 3 des Schreibens vom 9. August 2013, Anlagen Bd. II Bl. 77.

Gesellschafterversammlung der Value Retail plc zumindest ein Vetorecht hinsichtlich strategischer Entscheidungen des Unternehmens hat und er als Vorstandsvorsitzender der Value Retail plc eine ausschlaggebende Stimme hat.<sup>53</sup>

### 3. Das Wettbewerbsverbot in den Verträgen von Franconia

67. Franconia hat mit nahezu allen ihrer 116 Mieter, die im FOC Wertheim ansässig sind, Wettbewerbsverbote vereinbart, wonach den Mietern verboten ist, innerhalb eines bestimmten Radius um das FOC Wertheim ein Geschäft in einem FOC zu eröffnen. Dabei ist mit mehr als 90 Mietern, auf die [70-80]% der Mietverträge entfallen, eine Radiusklausel von 150 km, mit 24 Mietern ist eine Radiusklausel über geringere Distanzen bzw. in wenigen kurzfristigen Mietverträgen auch gar keine Radiusklausel vereinbart worden.<sup>54</sup> Daneben hat Franconia mit einer Reihe ihrer Mieter Sonderregelungen getroffen, die es ihnen ermöglicht, gleichzeitig im FOC Wertheim und in der Outlet City Metzingen parallel Ladenlokale zu betreiben. Ein Teil dieser Vereinbarungen geht darauf zurück, dass diese Mieter bereits zur Eröffnung des FOC Wertheim in der Outlet City Metzingen angesiedelt waren.<sup>55</sup>
68. Der genaue Wortlaut des Wettbewerbsverbots ist in Ziffer II. § 25.1 des in der Stellungnahme vom 7. Juni 2013<sup>56</sup> als Anlage 3 beigefügten Vertragsmusters aufgeführt. Darin heißt es:

„Mieter und Vermieter erkennen und berücksichtigen, dass es für den Erfolg des Village, des Geschäftsbetriebes der Geschäftseinheiten innerhalb des Village sowie für den Erhalt der Exklusivität des Value Retail Outlet Shopping Konzeptes unerlässlich ist, dass die Mieter keine ähnlichen Geschäfte in einem angemessenen Gebiet um das Village herum betreiben.

Daher stimmt der Mieter zu, kein Geschäft in einem Factory-Outlet-Center oder einem Factory-Outlet (d.h. einem einzelnen Geschäft oder Geschäftsbetrieb innerhalb einer Ansammlung verschiedener, unabhängiger Geschäfte) zu betreiben, in dem Sortimente unter den Markennamen verkauft

<sup>53</sup> Siehe S. 3 und 4 des Schreibens vom 17. Januar 2014, Verfahrensakte Bd. IV Bl. 202 f.

<sup>54</sup> Siehe Seite 18 und Anlage 6 des Schreibens vom 23.10.2013 Verfahrensakte Bd. III, Bl. 488 und Anlagenbd. III 2. Halbbd., Bl. 64.

<sup>55</sup> Siehe Seite 1f des Schreibens vom 3. Februar 2015, Verfahrensakte Band IX, Bl.3

<sup>56</sup> Siehe Seite 3 und Anlage 3 des Schreibens vom 7. Juni 2013, Verfahrensakte Bd. I, Bl. 218 und 242.

werden, die mindestens ein Merkmal gemäß § 2.3 aufweisen, weder direkt noch indirekt noch durch Franchisenehmer, Lizenznehmer oder verbundene Unternehmen (d.h. mit einer direkten oder indirekten Beteiligung von mehr als 25%) oder Einzelpersonen innerhalb eines Umkreises von [x] km von dem Village. Dies gilt nicht für bereits bei Vertragsschluss bestehende Verkaufsstellen. Die Parteien sind sich einig, dass diese Regelung für die gesamte Laufzeit dieses Vertrages Gültigkeit hat.“

69. Damit erfasst das Wettbewerbsverbot in sachlicher Hinsicht sowohl den Verkauf von Vertragswaren in FOC als auch in individuellen Outlet-Geschäften und in Outlet-Agglomerationen. Unter Vertragswaren werden gemäß Ziffer II. § 2.2.2 des Mietvertrages ausschließlich die Sortimente des Mieters verstanden, die unter Ziffer I.20 der besonderen Vertragsbestimmungen des Mietvertrages aufgeführt sind. Diese Sortimente hat der Mieter gemäß Ziffer II. § 2.2.7 des Mietvertrages zu nutzen.<sup>57</sup> Die Sortimente umfassen hierbei in der Regel nicht nur die Hauptmarke des Mieters sondern auch weitere zahlreiche Nebenmarken.<sup>58</sup>
70. Soweit in der Vergangenheit davon abweichende Regelungen im Hinblick auf die angewandte Radiusklausel vereinbart wurden –dies betraf im Wesentlichen die Beteiligungshöhe verbundener Unternehmen, die in früheren Klauselversionen auf mindestens 3% anstelle der mindestens 25% in der aktuellen Klausel festgelegt war- hat Franconia mit Schreiben vom 29. Oktober 2013 gegenüber der Beschlussabteilung sowie in dem Zivilrechtsstreit vor dem Landgericht Mannheim mit Schriftsatz vom 31. Juli 2013 erklärt, dass diese in Zukunft nicht mehr angewandt bzw. durchgesetzt würden.<sup>59</sup>
71. Die Mietverträge von Franconia werden gemäß der Auskunft vom 9. August 2013<sup>60</sup> regelmäßig über einen Zeitraum von zehn Jahren geschlossen. Die von der Beschlussabteilung im Juli 2013 befragten Mieter hatten ebenfalls durchweg eine Vertragslaufzeit von zehn Jahren genannt. Darüber hinaus haben sie angegeben, dass die Radiusklausel auf Initiative von Franconia in

<sup>57</sup> Mietvertrag über Geschäftsräume, Band I, Bl. 251, 258f.

<sup>58</sup> Schreiben vom 17.01.2014, Verfahrensakte Bd. IV, Bl. 200, 204, Anlage 6 in Anlagen Bd. V, Bl. 438ff.

<sup>59</sup> Schriftsatz an das LG Mannheim vom 31. Juli 2013, Seite 16, Anlagen Band III 1. Halbband, Bl. 68.

<sup>60</sup> Siehe S. 11 und Anlage 20 des Schreibens vom 9. August 2013, Anlagen Bd. II Bl. 11 und 117.

den Vertrag aufgenommen wurde. Die Mehrheit der befragten Mieter hat zudem angegeben, dass die Radiusklausel nicht verhandelbar gewesen sei.<sup>61</sup>

72. Während die Mieter an eine festvereinbarte Mietzeit gebunden sind, kann Franconia den Mietvertrag nach Ablauf einer sogenannten anfänglichen festen Handelsdauer gemäß Ziffer II. § 4.5 des Mietvertrages ohne Angaben von Gründen vorzeitig kündigen. Franconia ist dann allerdings verpflichtet eine bereits im Mietvertrag vereinbarte, gestaffelte Abfindung, zu leisten.<sup>62</sup> Damit hat Franconia die Möglichkeit, ihren Mietermix relativ kurzfristig den sich verändernden wirtschaftlichen Gegebenheiten, z.B. im Hinblick auf eine geänderte Markenbedeutung oder Umsatzentwicklung, anzupassen.<sup>63</sup>
73. Auch die Schwestergesellschaft von Franconia, die VR Bavaria GmbH in Ingolstadt, verwendet ein vergleichbares Wettbewerbsverbot mit ihren mehr als 110 Mietern. In mehr als zwei Dritteln dieser Mietverträge wurde ein Radius von 150 km vereinbart, 5 Mietverträge enthalten keine Radiusklausel, die restlichen Verträge enthalten Klauseln mit Radien zwischen 5 und 125km.

#### 4. Radiusklauseln bei Wettbewerbern

74. Die Beschlussabteilung hat im Juli und August 2013 die anderen Betreiber der FOC in Deutschland und dreiunddreißig Markenanbieter, die Mieter in FOC sind, unter anderem nach der Verwendung von Radiusklauseln in Mietverträgen befragt.
75. Bei der Gruppe der befragten Wettbewerber handelt es sich um sechs Betreiber von FOC, die mit insgesamt sieben FOC in Deutschland, nämlich in Zweibrücken, Berlin, Neumünster, Stuhr-Brinkum bei Bremen, Soltau, Wolfsburg und Ochtrup, vertreten sind.<sup>64</sup> Die Antworten der FOC-Betreiber haben ergeben, dass in einem der sieben FOC überhaupt keine Radius-

<sup>61</sup> Einundzwanzig der befragten Mieter haben zu dem Punkt nähere Angaben gemacht, davon haben 12 Mieter die Verhandelbarkeit der Klausel klar verneint.

<sup>62</sup> Mietvertrag über Geschäftsräume, Verfahrensakte Band I, Bl. 267f.

<sup>63</sup> „Value Retail has ... the ability to relocate brands and the right to terminate the contract unilaterally after a short initial period.“ [REDACTED] Winter 2010/11“ S. 6  
Verfahrensakte Bd. IV Bl. 235 ff, 240.

<sup>64</sup> FOC im planungsrechtlichen Sinn, siehe S. 33 f der Verfügungserwiderung an das Landgericht Mannheim vom 17. Mai 2013 - Anlagenband I Bl. 33 f. Die Outlet-Agglomeration in Metzingen wurde zunächst nicht in die Befragung einbezogen, da dort kein FOC im planungsrechtlichen Sinne vorliegt.



klauseln verwendet werden und im Übrigen die Verwendung von Radiusklauseln sehr unterschiedlich ist. So gibt es auch in den anderen sechs FOC jeweils einen meist nur geringen Anteil von Verträgen ohne Radiusklausel. Soweit Radiusklauseln in den Verträgen enthalten sind, sind die Radien je nach FOC und auch jeweils in den Verträgen der einzelnen FOC unterschiedlich. Zwei der sechs FOC, welche Radiusklauseln verwenden, haben Radien von bis zu 200 km ausbedungen. Die ganz überwiegende Mehrzahl der Verträge aller FOC weisen allerdings nur Radien von bis zu 100 km auf. Inzwischen haben weitere FOC die Verwendung von Radiusklauseln beendet bzw. erklärt, dass sie zum Verzicht auf die Radiusklauseln bereit sind.<sup>65</sup>

76. In welchem Umfang das FOC Wertheim im Vergleich zu den befragten deutschen Wettbewerbern von der Radiusklausel Gebrauch macht und welchen Radius sie haben, kann der folgenden Tabelle entnommen werden.

**Tab. 1: Radiusklauseln bei Wettbewerbern**

Radiusklausel	FOC Wertheim	Wettbewerber
Keine	1%	20%
25- 50 km	3%	14%
über 50-75 km	4%	22%
über 75-100 km	11%	15%
über 100-125 km	0%	12%
über 125-150 km	81%	7%
über 150-200 km	0%	10%
<b>GESAMT</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>

77. Hiernach ist erkennbar, dass das FOC Wertheim in 81% der Mietverträge eine Radiusklausel von 150 km vereinbart hat, wogegen ihre Wettbewerber nur in 17% der Fälle eine Radiusklausel von über 125 km vereinbart haben. Demgegenüber haben nur 8% der Mieter vom FOC Wertheim eine Radiusklausel von bis zu 75 km, wogegen ihre Wettbewerber in 56% der Mietverträge diesen eingeschränkten Radius verwenden.

<sup>65</sup> Verfahrensakte Bd. I, Bl. 389, 390, Bd. III Bl. 55 R.

78. Bei der Gruppe der im Juli/August 2013 befragten Markenanbieter handelt es sich um solche, die in der Regel an mehreren FOC-Standorten in Deutschland und zum Teil auch im europäischen Ausland vertreten sind. 24 der befragten 33 Markenanbieter sind auch Mieter von Franconia im FOC Wertheim.
79. Die Markenanbieter wurden unter anderem danach befragt, an welchen FOC-Standorten in Deutschland und im europäischen Ausland sie Ladengeschäfte gemietet haben, an welchen dieser Standorte Radiusklauseln vereinbart wurden und welche Ausdehnung diese ggf. jeweils aufweisen.
80. Die Antworten der Markenanbieter haben zunächst ergeben, dass die meisten Befragten in mehreren FOC in Deutschland und im europäischen Ausland vertreten sind. Ferner hat sich ergeben, dass die Befragten sowohl in einem Teil der FOC-Standorte in Deutschland als auch in einem weit größeren Teil der FOC Standorte im europäischen Ausland keinem Wettbewerbsverbot unterliegen. In der ganz überwiegenden Zahl der Verträge der Befragten mit inländischen FOC-Betreibern wurden allerdings Radiusklauseln vereinbart, die eine Ausdehnung zwischen 50 km und 200 km aufweisen, wobei die überwiegende Zahl der Verträge der Wettbewerber einen Radius bis maximal 120 km aufweisen. Einzelheiten können der folgenden Tabelle entnommen werden.

Tab. 2 Radiusklauseln ausgewählter Hersteller

Hersteller	Deutschland		Europa	
	ohne Radius	mit Radius	ohne Radius	mit Radius
Hersteller 1			20x	40 FOC 100-200km
Hersteller 2		1x150	1x	
Hersteller 3		1x200,1x150,1x75		
Hersteller 4	1x	1x200, 2x75	1x	1x100, 2x60
Hersteller 5		2x150, 1x75,1x50		1x60
Hersteller 6	1x	1x200, 1x120, 1x75		
Hersteller 7		75-200		keine oder geringere Radien als in D
Hersteller 8		50-75		max 80
Hersteller 9		2x150, andere <75		max 75
Hersteller 10		3x60, andere <50		<50
Hersteller 11	1x	1x100, 1x75, 2x50	2x	1x100, 2x60
Hersteller 12		1x100, 2x75,1x70	1x	2x60
Hersteller 13		1x120, 3x75	4x	2x60, 2x50
Hersteller 14		75-150		
Hersteller 15		75-150	Überall	
Hersteller 16		1x150, 1x100,1x75, 1x50		1x150, 3x100, 7x<100
Hersteller 17		1x50		
Hersteller 18		max 60		
Hersteller 19	3x	2x150	13x	47x20-120
Hersteller 20		1x150, 1x70		max120
Hersteller 21		1x200, 1x150, 2x 75		max 60
Hersteller 22		1x200, 1x100, 1x75, 1x50		
Hersteller 23		1x75		max100
Hersteller 24		1x200,1x75		Max 60
Hersteller 25		1x120,1x50		

## B. Rechtliche Würdigung

81. Die zwischen Franconia und ihren Mietern vereinbarte Radiusklausel bezweckt und bewirkt nach Beurteilung der Beschlussabteilung eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung auf dem Markt für die Vermietung von Ladenflächen in FOC (§ 1 GWB). Die Vereinbarung ist weder durch die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Verträge<sup>66</sup> noch aufgrund von § 2 Abs. 1 GWB vom Kartellverbot freigestellt.

<sup>66</sup> Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (ABl. 2010, L102, S. 1 ff., "Vertikal-GVO").

## 1. Definition des relevanten Marktes

### 1.1 Sachliche Marktabgrenzung

82. Das von Franconia in ihren Mietverträgen mit Markenartikelherstellern vereinbarte Wettbewerbsverbot betrifft den sachlich relevanten Markt der Vermietung von Ladenflächen in FOC.
83. Zweck der sachlichen Marktabgrenzung ist es, den sachlichen Bereich abzugrenzen, auf dem Unternehmen miteinander im Wettbewerb stehen. Sachlich relevante Märkte sind auf der Grundlage des Bedarfsmarktkonzeptes voneinander abzugrenzen, dessen entscheidendes Kriterium die funktionelle Austauschbarkeit der Produkte aus Sicht der Marktgegenseite ist. Zu einem sachlich relevanten Markt gehören demnach alle Waren, die sich nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und der Preislage so nahestehen, dass der verständige Verbraucher sie für die Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet in berechtigter Weise abwägend miteinander vergleicht und ohne weiteres als gegeneinander austauschbar ansieht.<sup>67</sup>

#### 1.1.1 Vortrag von Franconia

84. Franconia hat vorgetragen, dass in sachlicher Hinsicht der Vertrieb von Markenartikeln oder zumindest ein Markt für die Nachfrage nach allen Arten von Einzelhandelsverkaufsflächen einschließlich des Vertriebs über das Internet betroffen sei. Für Markenhersteller stellten Verkäufe in FOC nur eine Vertriebsmöglichkeit von vielen dar. Hinsichtlich der weiteren Vertriebsmöglichkeiten würden die Markenhersteller als Mieter der Franconia durch das Wettbewerbsverbot überhaupt nicht eingeschränkt. Die Mieter der Franconia seien auch vollkommen frei darin, solche Marken in anderen FOC anzubieten, die nicht zum Verkauf im FOC der Franconia angeboten werden und die deshalb auch nicht vom jeweiligen Mietvertrag und damit auch nicht vom vertraglichen Wettbewerbsverbot erfasst seien.<sup>68</sup>

<sup>67</sup> Ständige Rechtsprechung, vgl. u.a. BGH WuW/E DE-R 1087, 1091 – Ausrüstungsgegenstände für Feuerlöschzüge; BGH WuW/E DE-R 1419, 1423 – Deutsche Post / trans-o-flex; BGH, Urteil vom 24. Oktober 1995, "Backofenmarkt", WuW/E BGH 3026 (3028); Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Auflage, § 19 Rn. 24.

<sup>68</sup> Schreiben vom 7. Juni 2013, Bd. I, Bl. 213 mit Verweis auf Verfügungserwiderung an das Landgericht Mannheim vom 17. Mai 2013 – Anlagenband I Bl. 41; Schreiben vom 8. April 2014 Verfahrensakte Bd. V, Bl. 7 f.

### 1.1.2 Bewertung der Beschlussabteilung

85. Franconia geht fehl in der Annahme, dass aufgrund des Umstandes, dass Markenartikelhersteller –unstreitig- unterschiedliche Vertriebsmöglichkeiten haben und diese auch nutzen, das Angebot von Ladenflächen in einem FOC einem sachlich relevanten Markt zugehörig sei, der alle alternativen Vertriebsformen des Handels umfasst. Der zentrale Grund liegt darin, dass selbst dann, wenn die verschiedenen Vertriebsmöglichkeiten untereinander voll substituierbar wären, hierdurch Franconia kein Marktteilnehmer auf einem solchen Markt für den Vertrieb von Markenartikeln wäre. Denn Franconia vertreibt keine Waren, sondern bietet nur Ladenflächen an, auf denen Waren vertrieben werden können. Im Folgenden werden daher zunächst die unterschiedlichen Vertriebsformen dargestellt und herausgearbeitet, dass aus Mietersicht nicht einmal der Vertrieb ihrer Markenwaren über FOC mit anderen Vertriebsformen funktional austauschbar ist. Im Anschluss daran wird der sachlich relevante Spezialmarkt für die Vermietung von Ladenflächen in FOC beleuchtet, auf dem Franconia tätig ist.

#### 1.1.2.1 Vertrieb von Markenartikeln in einem FOC im Vergleich zu alternativen Vertriebsformen

86. Franconia vermietet Ladenflächen in FOC. Die Vermietung von Ladenflächen in FOC unterscheidet sich aus Nachfragersicht signifikant von der Vermietung von sonstigen individuellen Ladenflächen des Einzelhandels, sei es z.B. in Fußgängerzonen oder in Einkaufszentren. Die Vermietung von Ladenflächen in FOC ist daher aus Nachfragersicht –hier der Markenartikelhersteller- nicht mit anderen Ladenflächen des Einzelhandels austauschbar. Es handelt sich bei FOC um eine besondere, komplementäre Vertriebsform, bei der mehrere Hersteller ihre Markenware an einer gemeinsamen Verkaufsstätte verbilligt anbieten.
87. Ein FOC ist durch folgende Merkmale geprägt<sup>69</sup>:

<sup>69</sup> Siehe hierzu allgemein, Ecostra, Wo stehen wir? Was wissen wir? Aktuelle Situation und Entwicklungstrends der FOC in Europa vom 28. November 2012, Band I, Bl. 78, 82ff., GMA, Auswirkungsanalyse zur Erweiterung des FOC „Wertheim Village“ in Wertheim vom 28. Juni 2011, Band II, S. 145, 147R ff. Ecostra, Fachgutachterliche Plausibilisierung von Unterlagen im Rahmen der (Um-) Finanzierung des Outlet Centers Wertheim Village vom 16. März 2011, Band III S. 247, 258ff., Buchsteiner et al, Shopping-Center Factory-Outlet-center (FOC), in Der Immobilienbewerter 2/2010, Anlagenband III 1. Halbbd. Bl.159 ff, 166ff., ecostra, Gegenwart und Zukunft, Stand und Entwicklung der Outlet Center in den Märkten Europas,

- die Geschäfte in dem Center werden in aller Regel von den Markenartikelherstellern selbst betrieben und nur ausnahmsweise von unabhängigen Händlern,
- FOC bilden eine bauliche Einheit einer Vielzahl von Ladenflächen (im Regelfall über 40 ),
- die gesamte Verkaufsfläche eines FOC umfasst mehrere tausend Quadratmeter (im Regelfall über 10.000 qm, mindestens jedoch 5.000 qm<sup>70</sup>)
- das Sortiment in FOC ist im Wesentlichen durch Markenware charakterisiert, bei dem es sich allerdings aufgrund öffentlich rechtlicher Auflagen nur um Auslaufmodelle, Restposten, Waren für Markttestzwecke, Überhangproduktion und Waren 2. Wahl handeln darf,
- das Angebot in FOC konzentriert sich im Wesentlichen auf Bekleidung, Schuhe und Sport,
- die Preisstruktur der Läden in einem FOC wird regelmäßig im Mietvertrag dahingehend festgelegt, dass mindestens 30% Rabatt auf die Unverbindliche Preisempfehlung gegeben werden muss und die Endkunden dies auch durch eine doppelte Preisauszeichnung erkennen können müssen,
- FOC zeichnen sich durch eine sehr gute Erreichbarkeit aus, d.h. sie liegen in der Regel in der Nähe von überörtlichen Verkehrsachsen und hoch frequentierten Autobahnen,
- FOC werden in der Regel zwischen wichtigen Wirtschaftsräumen beziehungsweise mehreren potenzialstarken Verdichtungsräumen angesiedelt, wobei gleichzeitig eine räumliche Distanz zu den Einkaufslagen der benachbarten Oberzentren gewahrt wird, um die Konkurrenz zwischen aktuellen Kollektionen im oberzentralen Einzelhandel und Outlet-Ware zu minimieren,
- FOC bemühen sich aus der räumlichen Nähe zu Tourismuszentren zusätzliche Kaufkraft abzuschöpfen.

---

70 25. November 2014, Anlage 3 zum Schreiben vom 19.12.2014, Verfahrensakte Band VIII, Bl.156ff  
ICSC European Outlet Conference, 13-14th June 2013, Anlagenband III, 1. Halbbd Bl. 345, 360

88. Die vorgenannten Kriterien, die die typischen Eigenschaften von FOC beschreiben, verdeutlichen, dass sich bereits der Vertrieb über ein FOC aus Nachfragersicht der Markenartikelhersteller deutlich von dem Vertrieb über den Einzelhandel unterscheidet. Im Unterschied zum Einzelhandel stellt der FOC-Vertrieb eine Form des sog. sekundären Vertriebs dar, über den die Hersteller von Markenartikeln aufgrund öffentlich rechtlicher Auflagen von ihrer Ware jeweils nur Auslaufmodelle, Restposten, Waren für Markttestzwecke, Überhangproduktion und Waren 2. Wahl absetzen dürfen.<sup>71</sup> Der FOC-Vertrieb hat in Deutschland als direkte Vertriebsform der Hersteller erheblich an Bedeutung gewonnen. Früher hat das Absatzrisiko allein beim Handel gelegen, der die Ware gekauft hatte. Heute ist das Absatzrisiko weitgehend auf den Hersteller verlagert, da über Kommissions-, Konsignations- und Konzessionsverträge der Hersteller Eigentümer der unverkauften Ware bleibt mit der Folge, dass er die Ware beim nicht gelungenen Abverkauf des Händlers wieder zurücknehmen muss. Die zurückgenommene Ware kann der Hersteller dann in FOC verkaufen, wo die Ware in einem hochwertigen Umfeld präsentiert wird und die Gefahr der Schädigung des Markenimages, die bei anderen Formen des sekundären Vertriebs auftreten kann, nicht gegeben ist. Die Bedeutung des FOC-Vertriebs für Markenhersteller beruht daher vor allem darauf, dass der sekundäre Vertrieb nicht unkontrolliert verläuft, also z.B. keine Markenware in Ramschläden auftaucht, und dass die Ware noch mit einer guten Rendite verkauft werden kann.<sup>72</sup>
89. Über den als primärer Vertrieb fungierenden Einzelhandel erfolgt dagegen der Absatz der aktuellen Saisonartikel in einem Sortiment verschiedener Marken, die dort – jedenfalls zu Beginn der Saison – schon allein wegen der Marge für den Einzelhandel zu weit höheren Preisen angeboten werden als später in einem FOC. Die ganz überwiegende Mehrheit von rd. 88% der be-

<sup>71</sup> Siehe hierzu auch die „Allgemeinen Ausführungen zu Factory Outlet Center“ von Franconia in seiner Stellungnahme vom 31.07.2013 an das Landgericht Mannheim, S. 7-10, Anlagenband III, 1. Halbband Bl. 59ff

<sup>72</sup> The Business of Fashion Ltd., 5. Juni 2013, CEO Talk, Scott Malkin, Chairman, Value Retail: „... But as examples, most of the brands who came here from Italy are in their third shop fit: They would argue for concrete floors and we would say „no; sorry we won't approve those. They would stick up orange signs. The whole idea mentally was: „This is a dumping ground“, Verfahrensakte Band IX, Bl. 62; Jackson, WGSN, 23. 11.2011, „The brands, however, are the key for Value Retail. „We exist to serve those brands,“ says Malkin, adding that a core mission of value retail is to help the brands“ drive their full-price positioning and brand sales. Everything we do is to intend to reinforce the full price.“ Verfahrensakte Band IX, Bl. 64.

fragten Markenanbieter (siehe Tz. 42) hat daher den Vertrieb von FOC-Ware über den normalen Einzelhandel nicht als wirtschaftlich vergleichbar mit dem Vertrieb in einem FOC-Ladengeschäft angesehen.<sup>73</sup> Eine fast genauso hoher Anteil der befragten Markenanbieter (83%) hat auch den Discount Einzelhandel nicht als eine wirtschaftlich vergleichbare Alternative zum Vertrieb in einem FOC Laden angesehen.

90. Neben dem Vertrieb über den Einzelhandel betreiben zahlreiche Markenartikelhersteller sog. Flagship-Stores, in denen sie ausschließlich ihre eigene Markenware aufwendig präsentieren. Flagship-Stores dienen als Vorzeigeobjekt und damit der besonderen Markenwerbung. Sie sind durch spezielle Bündelung exklusiver Merkmale (wie etwa bevorzugte Lage, besondere Ausstattung und/oder vergrößertes Sortiment) gekennzeichnet. Ein Vertrieb von FOC-Ware in einem Flagship-Store, dessen Sortiment in der Regel eine besonders exklusive Auswahl der aktuellen Saisonartikel des jeweiligen Markenherstellers aufweist, scheidet für etwa 89% der befragten Markenhersteller aus.<sup>74</sup>
91. Nahezu jeder Markenartikelhersteller verkauft seine Ware außerdem über das Internet, sei es über eigene Internetseiten oder über fremde Internethändler. Obwohl der Vertrieb über das Internet in den letzten Jahren erheblich an Bedeutung gewonnen hat, wird diese Vertriebsform von der Mehrheit von rd. 57% der befragten Markenhersteller für den Vertrieb von FOC-Ware nicht als funktionell austauschbar mit dem Verkauf in einem FOC-Laden angesehen. Der Internet-Vertrieb, über den zum Teil auch FOC-Ware abgesetzt werden kann, wird von vielen Markenherstellern ergänzend zum Vertrieb über stationäre Ladengeschäfte genutzt.<sup>75</sup>
92. Der Internet-Vertrieb stellt aber für die meisten der befragten Markenhersteller keinen Ersatz für den FOC-Vertrieb dar. So haben auf die Frage, ob ihr Bedarf, in Deutschland weitere Läden in FOC anzumieten, grundsätzlich gedeckt ist, nur 12% der befragten Markenhersteller diese Frage bejaht. Die absolute Mehrheit der Befragten hat dagegen angegeben, dass sie sogar drei oder mehr Geschäftslokale in den nächsten 5 Jahren zusätzlich in FOC

---

<sup>73</sup> Siehe Vermerk über die Auswertung der Befragung, Verfahrensakte Band V Bl. 343, 350.

<sup>74</sup> Siehe Vermerk über die Auswertung der Befragung Verfahrensakte Band V Bl. 343, 350.

<sup>75</sup> Siehe Vermerk über die Auswertung der Befragung Verfahrensakte Band V Bl. 343, 351.



anmieten würden, wenn für sie adäquate Standorte zur Verfügung stünden.<sup>76</sup> Hieran zeigt sich, dass der Internet-Einkauf eine einfache und zeitsparende Form -insbesondere des gezielten „Schnäppchenkaufs“- darstellt, dass nach der Erwartung der meisten Markenanbieter auch in Zukunft der Erlebniseinkauf in einem FOC für eine beachtliche Zahl von Kunden, die sich oftmals als „Shoppingtouristen“ von einer an einem Standort konzentrierten Markenvielfalt in einem architektonisch anspruchsvoll gestalteten FOC in einer mitunter landschaftlich reizvollen Umgebung inspirieren lassen wollen, einen erheblichen Zusatznutzen bietet.<sup>77</sup> Auch Franconia stellt bei ihrem aufwendigen Marketing für ihr FOC in Wertheim ganz besonders auf diesen Aspekt des „Erlebniseinkaufs“ ab.<sup>78</sup>

93. Bestätigt wird diese Bewertung auch durch das Beratungsunternehmen ecostra:

„**These:** attraktive Outlet-Center sind gegenüber den Wirkungen des online-Shopping weitestgehend immun. **Wieso?** Weil sie Shopping-Destinationen sind und dabei ein soziales Einkaufserlebnis bieten!“ (Fettdruck und Unterstreichung im Original)<sup>79</sup>

94. Eine nach Auskunft der Markenanbieter dem FOC-Vertrieb ähnliche Form des sekundären Vertriebs durch den Hersteller ist der Verkauf in Einzel-Outlets, in denen der Hersteller jeweils nur seine eigene Ware verkauft. Ein Einzel-Outlet ist wie ein Laden in einem FOC eine Verkaufsstelle, in der Waren aus nicht mehr aktuellen Kollektionen, 2. Wahl, Retouren oder Ware aus der Überproduktion zu in der Regel günstigeren Preisen angeboten werden. Gleichwohl wird der Vertrieb von FOC-Ware über ein Einzel-Outlet von einer deutlichen Mehrheit von 73% der befragten Markenanbieter als wirtschaftlich vergleichbar mit dem Vertrieb in einem FOC Laden angesehen.<sup>80</sup>

<sup>76</sup> Siehe Vermerk über die Auswertung der Befragung Verfahrensakte Band V Bl. 343, 345.

<sup>77</sup> Siehe hierzu auch Schriftsatz vom 31.07.2013 an das Landgericht Mannheim, S. 7-9, Anlagenband III, 1. Halbband Bl. 59ff

<sup>78</sup> Women's Wear Daily (WWD), 10.01.2013, „Scott Malkin is not a real estate developer. He's also not a retailer or a manufacturer. Instead, the chairman of Value Retail PLC considers himself to be in the tourism business. „Value retail is in the experience business“ he said.“ Verfahrensakte Bdx, Bl.y

<sup>79</sup> ecostra, Gegenwart und Zukunft, Stand und Entwicklung der Outlet Center in den Märkten Europas, 25. November 2014, Anlage 3, S. 23 zum Schreiben vom 19.12.2014, Verfahrensakte Band VIII, Bl 156ff

<sup>80</sup> Siehe Vermerk über die Auswertung der Befragung, Verfahrensakte Band V Bl. 343,351.

95. Ebenso hat eine knappe Mehrheit (55%) der befragten Markenanbieter den kurzfristigen Lagerverkauf, der in der Regel am Produktionsstandort stattfindet und daher meist auch als Fabrikverkauf bezeichnet wird, als wirtschaftlich vergleichbar mit dem Vertrieb in einem FOC Laden angesehen.<sup>81</sup>
96. Nachteil von Einzel-Outlets und Fabrikverkauf ist indes zunächst ihre Solitär-lage, die dem Kunden keine Kopplungsmöglichkeiten mit anderen Marken-anbietern eröffnen und die damit kein großes Einzugsgebiet erreichen. Außerdem sind sie im Hinblick auf den Erlebnischarakter des Einkaufs mit einem FOC nicht vergleichbar, so dass sie bezüglich Kundenfrequenz und zu erwartenden Umsatz pro qm Verkaufsfläche deutlich hinter dem Vertrieb in einem FOC zurückbleiben.<sup>82</sup> Einzel-Outlets und Fabrikverkauf sind daher komplementäre Vertriebswege für den Vertrieb von Überschussware, sie können den Vertrieb über ein FOC aber nicht ersetzen. Letztlich kann aber dahinstehen, ob Einzel-Outlets dem sachlich relevanten Markt zugeordnet werden, da die Radiusklausel von Franconia auch die Eröffnung von Einzel-Outlets im 150 km-Radius untersagt.

#### **1.1.2.2 Factory Outlet Center - ein Markt für die Nachfrage nach Ladenflächen in FOC**

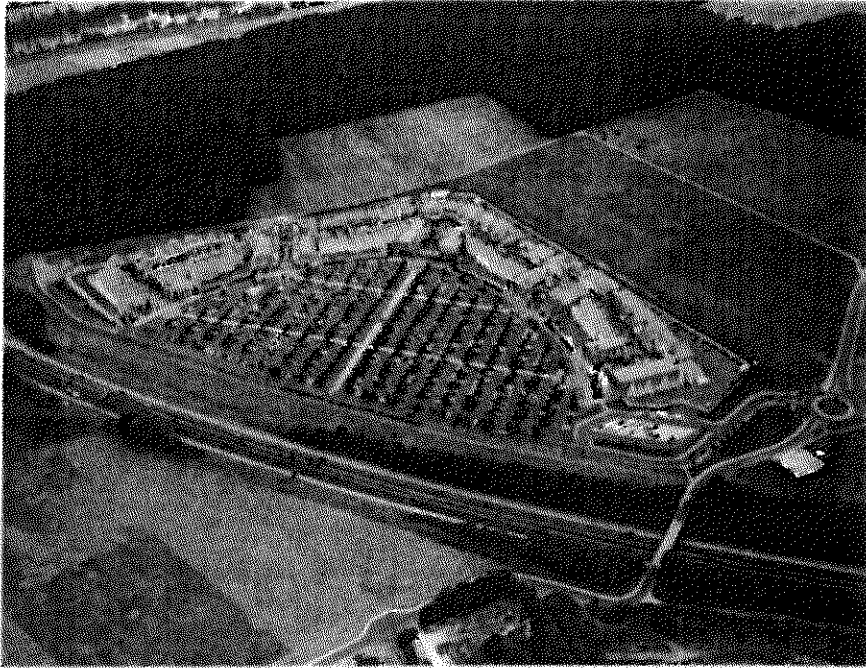
97. Im vorliegenden Verfahren geht es -anders als von Franconia vorgetragen- nicht um die Nachfrage nach unterschiedlichen Vertriebsleistungen, die im konkreten Fall durch die Markenhersteller selbst erbracht werden, sondern um die Nachfrage nach Ladenflächen in FOC. Das FOC Wertheim ist somit auf dem Markt für die Vermietung von Immobilien, hier dem gesonderten Markt für die Vermietung von Ladenflächen in einem FOC tätig. Nachfrager nach diesen Ladenflächen in FOC sind aber gerade nicht die normalen Handelsunternehmen, sondern die Hersteller der Markenware selbst. Inso- weit konkurrieren –von Ausnahmen abgesehen– Markenartikelhersteller und die normalen Handelsunternehmen weder um Ladenflächen in FOC noch um Ladenflächen in den Städten, sei es in Fußgängerzonen oder Einkaufs- zentren, da sie jeweils voneinander getrennte Vertriebsachsen und Ver- triebsgebiete<sup>83</sup> bedienen.

<sup>81</sup> Siehe Vermerk über die Auswertung der Befragung, Verfahrensakte Band V Bl. 343,351.

<sup>82</sup> Siehe auch Verfahrensakte Bd. IV, Bl. 142 R, 143.

<sup>83</sup> GMA, Auswirkungsanalyse zur Erweiterung des FOC „Wertheim Village“ in Wertheim vom 28. Juni 2011, „Das FOC erschließt nachweislich ein gänzlich

**Graphik 1: Ansicht des FOC Wertheim**



98. Neben diesem grundsätzlichen Unterschied in der Art des jeweiligen Nachfragers –einerseits Markenartikelhersteller und andererseits Handelsunternehmen- unterscheidet sich die Vermietung von Ladenflächen in FOC durch eine Reihe weiterer, struktureller Gesichtspunkte. Neben den besonderen für FOC verlangten Standortkriterien und Anforderungen an die bauliche Gestaltung unterscheidet sich sowohl das Sortiment als auch die Preisstruktur von den Gegebenheiten im sonstigen Einzelhandel. In FOC dürfen die Markenanbieter aufgrund öffentlich rechtlicher Auflagen nur Auslaufmodelle, Restposten, Waren für Markttestzwecke, Überhangproduktion und Waren 2. Wahl vertreiben. Die Preisstruktur wird im Mietvertrag dahingehend festgelegt, dass mindestens 30% Rabatt auf die Unverbindliche Preisempfehlung gegeben werden muss und die Endkunden dies auch durch eine doppelte Preisauszeichnung erkennen können müssen. Aus Nachfragersicht handelt es sich bei FOC daher um eine besondere Vertriebsform (Eigenvermarktung), die nicht durch einen Vertrieb im normalen Einzelhandel ersetzt werden kann. Auch umgekehrt, kann der normale Einzelhandel nicht durch eine ggfs. verstärkte Vertriebsaktivität in einem FOC ersetzt werden. FOC ergänzen den normalen Vertrieb über den Einzelhandel und können diesen

nicht ersetzen. Insoweit handelt es sich auch bei der Vermietung von Ladenflächen in einem FOC um einen gesonderten Markt, der sich von der Vermietung von Ladenflächen an andere Handelsunternehmen deutlich unterscheidet.

99. Die Auffassung der Beschlussabteilung wird im Übrigen auch von diversen Gutachten und in der Literatur geteilt. So spricht das GMA-Gutachten, das zur Beurteilung der Erweiterung des FOC Wertheim erstellt wurde davon, dass „FOC [...] aus heutiger Sicht als Spezialimmobilien etabliert“ sind.<sup>84</sup> In dem Fachgutachten, das Ecostra im Auftrag der [REDACTED] Bank zur Plausibilisierung von Unterlagen erstellt hat, die sie [REDACTED] vorgelegt hat, heißt es:

„In der Bewertung einer Handelsimmobilie kommt der Standortlage bzw. -eignung, der relevanten Marktgegebenheiten, der rechtlichen und technischen Immobilienkonzeption sowie die Cashflow-Qualität eine zentrale Bedeutung zu; ... Was für Handelsimmobilien im Allgemeinen gilt, trifft für die Handelsimmobilie FOC im Besonderen zu; da der erfolgreiche Betrieb eines FOC spezifische Anforderungen stellt und darüber hinaus bei FOC aufgrund der Standortwahl aber insbesondere auch aufgrund baulich-konzeptioneller Eigenheiten eine Drittvermarktungsfähigkeit deutlich eingeschränkt ist.“<sup>85</sup>

100. Auch der Vortrag der Franconia selbst ist in sich nicht widerspruchsfrei. Auf der einen Seite trägt sie vor: „In sachlicher Hinsicht sind FOC lediglich ein Teil des Einzelhandels insgesamt.“<sup>86</sup> Auf der anderen Seite hat sie durch ihre Anwälte beim Landgericht vortragen lassen:

„Die Marktabgrenzung hat stets aus Sicht der Marktgegenseite zu erfolgen... Im vorliegenden Fall erfolgt die Marktabgrenzung aus Sicht der Mietflächen nachfragenden Markenhersteller.

Es ist also zu fragen, welche Mietflächen aus Sicht der Hersteller miteinander austauschbar sind. Der sachlich relevante Produktmarkt umfasst nämlich sämtliche [Erzeugnisse] und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern (bzw. Nachfragern) hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und

<sup>84</sup> GMA, Auswirkungsanalyse zur Erweiterung des FOC „Wertheim Village“ in Wertheim vom 28. Juni 2011, Band II, S. 145, 149.

<sup>85</sup> ecostra, Fachgutachterliche Plausibilisierung von Unterlagen [REDACTED] vom 16. März 2011, Band III S. 247, 258.

<sup>86</sup> siehe Schriftsatz an das Landgericht Mannheim vom 31.07.2013, Anlagenband III, 1. Halbbd. Bl. 59; Schreiben vom 8. April 2014 Verfahrensakte Bd. V, Bl. 17 f.

ihres vorgesehen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden.“<sup>87</sup>

101. Insofern käme auch Franconia bei konsequenter Umsetzung des Bedarfsmarktkonzeptes zu einem sachlichen Markt für Ladenflächen in einem FOC. Denn unabhängig von der Vielzahl der bereits benannten strukturellen Unterschiede zwischen Ladenflächen in einem FOC und normalen Ladenflächen des Einzelhandels –einschließlich der Einkaufscenter–, unterscheiden sich die Nachfrager grundsätzlich.<sup>88</sup> Denn die Nachfrager nach Ladenflächen in FOC sind die Hersteller der Markenartikel; diese fragen –abgesehen von den sog. Flagship-Stores– keine Ladenflächen in den städtischen Flächen nach. Umgekehrt sind die Handelsunternehmen –also die typischen Nachfrager nach Einzelhandelsflächen– schon alleine aus planungsrechtlichen Gründen von der Anmietung von Läden in FOC ausgeschlossen.

### 1.1.3 Ergebnis der sachlichen Marktabgrenzung

102. Da das vorliegend beanstandete Wettbewerbsverbot das mietvertragliche Verhältnis zwischen FOC-Vermieter und Markenanbieter betrifft, ist hier als sachlich relevanter Markt der Markt für Vermietung von Ladenflächen in FOC zugrunde zu legen.

## 1.2 Räumliche Marktabgrenzung

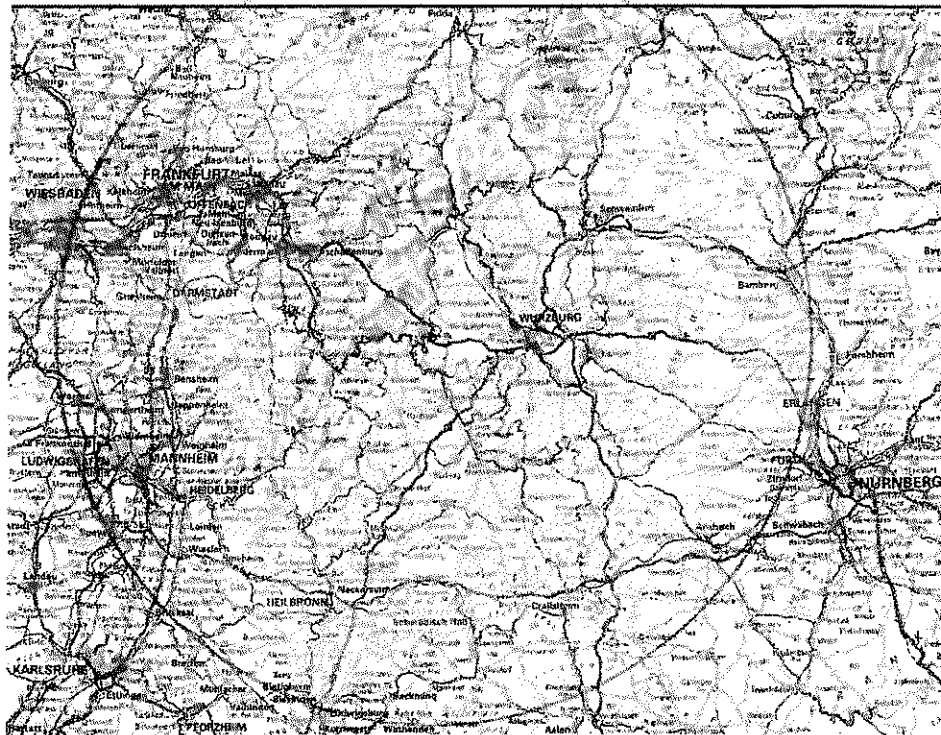
103. Das FOC Wertheim ist im räumlich relevanten Markt mit einer Fahrzeit-Isochrone von 90 Minuten um seinen Standort, der in etwa einem Luftradius von 100 km entspricht, tätig. Das von Franconia in ihren Mietverträgen mit Markenartikelhersteller vereinbarte Wettbewerbsverbot geht mit einem Luftradius von 150 km über den räumlich relevanten Markt hinaus.

### Graphik 2: Fahrzeit-Isochronen von 60 und 90 Minuten

<sup>87</sup> Siehe Schriftsatz an das Landgericht Mannheim vom 31.07.2013, Anlagenband III, 1. Halbbd., Bl. 89.

<sup>88</sup> Siehe hierzu auch Value Retail, Outlet Shopping Concept: „Located outside city centres, high-end outlet centres are highly distinguished from the traditional concept of food anchored commercial centres found across Europe. The primary differences as compared to the traditional commercial centre are as follows:...” Verfahrensakte Bd. 6 Bl. 190, 191., ebenso Stellungnahme vom 19.12.2014. Fn. 37: „Dabei sei noch einmal klargestellt, dass es sich nicht um ein normales Einkaufszentrum handelt, denn der Markenmix wird aktiv gemanagt, das Center wird aktiv gerade im Ausland und über den unmittelbaren räumlichen Nähebereich hinaus beworben, und dem Endkunden werden hohe Rabatte beim Kauf (in der Regel) direkt vom Markenhersteller garantiert, da nur Überproduktion u.ä. verkauft wird.“ Verfahrensakte Bd.VIII, Bl. 24

Fahrzeit-Isochronen FOC Wertheim



104. Auch für die räumliche Marktabgrenzung gilt das Bedarfsmarktkonzept. Die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes bestimmt sich demnach nach den aus der Sicht der Nachfrager gegebenen räumlichen Ausweichmöglichkeiten.<sup>89</sup> Hierbei sind die tatsächliche Anschauung der Abnehmer und das tatsächliche Abnehmerverhalten von Bedeutung.<sup>90</sup> Abzustellen ist deshalb nicht auf rein theoretische Ausweichmöglichkeiten, sondern auf die den Abnehmern tatsächlich zur Verfügung stehenden Angebotsalternativen. Für die räumliche Marktabgrenzung sind potenzielle Ausweichmöglichkeiten der Nachfrager nicht zu berücksichtigen, die –aus welchen Gründen auch immer– von den Nachfragern tatsächlich nicht wahrgenommen werden.<sup>91</sup>

### 1.2.1 Vortrag von Franconia

105. Franconia hat vorgetragen, dass der räumlich relevanten Markt mindestens das gesamte Bundesgebiet umfasse, im Zweifel jedoch auch zumindest die Grenzgebiete und bei der Einbeziehung des Internethandels wenigstens die

<sup>89</sup> Vgl. Langen/Bunte-Ruppelt, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Auflage 2001, § 19 Rdnr. 25.

<sup>90</sup> Vgl. B10 – 124/01 – Trienekens/AWISTA, Beschluss vom 17.06.2002; Rz. 33, abrufbar unter [http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion03/B10\\_124\\_01.pdf](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion03/B10_124_01.pdf).

<sup>91</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 16.01.2008, KVR 26/07, Kreiskrankenhaus Bad Neustadt, zitiert nach Juris, juris-Rd-Nr. 65.

gesamte Eurozone. In räumlicher Hinsicht sei zwar im Mietvertrag eine Radiusklausel von 150 km Luftlinie vereinbart worden, um nicht die Einzelhandelsstrategie der Markenhersteller bzw. Mieter zu beeinflussen ("retail-sensitivity") und den für die Attraktivität des FOC notwendigen Einzugsbereich zu gewährleisten. Hinzu kämen planungsrechtliche Vorgaben. Aus Sicht der nachfragenden Markenhersteller kämen Standorte in ganz Deutschland in Frage. Denn letztlich geht es ihnen nur darum, die Waren abzusetzen, die in FOC verkauft werden können. Hierbei sei aus Sicht der Markenhersteller nur eine ausreichende Distanz zu Ballungszentren –bei gleichzeitiger guter Erreichbarkeit– erforderlich, so dass um alle Ballungszentren in Deutschland großzügige Kreise gezogen werden könnten, in denen die Ansiedlung eines FOC möglich sei. Auf diese Weise sei schließlich das gesamte Gebiet der Bundesrepublik Deutschland abgedeckt, einschließlich der benachbarten Gebiete. Die Methodik der 30-, 60-, 90-Minuten Fahrzeit-Isochrone werde zwar im Planungsrecht verwendet, jedoch nur zur vereinfachten Prüfung der Auswirkungen eines Outlets auf den traditionellen Einzelhandel in den Innenstädten. Sie decke sich aber keineswegs mit kartellrechtlich relevanten Erwägungen zur Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes und nicht einmal mit wirtschaftlichen Erkenntnissen zum tatsächlichen Einzugsgebiet eines Outlets.<sup>92</sup>

## **1.2.2 Bewertung der Beschlussabteilung**

### **1.2.2.1 Grundlage der räumlichen Marktabgrenzung**

106. Zutreffend an dem Vortrag Franconias ist zunächst, dass die Nachfrage der Markenartikelhersteller auf die Anmietung von Ladenflächen in FOC ausgerichtet ist, um ihre (spezifische) Ware im Rahmen der öffentlich-rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen zu verkaufen. Dies beschreibt jedoch nur die bereits oben dargestellte sachliche Marktabgrenzung aus Sicht der Marktgegenseite und nicht die räumliche Dimension. Zutreffend ist auch, dass die nachfragenden Markenartikelhersteller grundsätzlich ein Interesse daran haben, ihre spezifischen FOC-Produkte deutschland- und ggfs. auch europaweit in FOC zu vermarkten. Dies führt jedoch nicht dazu, dass der räumlich relevante Markt Deutschland oder gar Europa insgesamt umfassen würde.

<sup>92</sup> Verfügungserwiderung an das Landgericht Mannheim vom 17. Mai 2013 - Anlagenband I, Bl. 31, Schriftsatz vom 8. April 2014, Verfahrensakte Bd.V, Bl. 18.

107. Grund hierfür ist, dass die Nachfrage nach der Vermietung von Ladenflächen in FOC auf den Zugang zu denjenigen Kunden ausgerichtet ist, die durch das Einzugsgebiet des FOC erreichbar sind. Dies scheint im Ausgangspunkt auch Franconia so zu sehen, da sie im Verfahren vor dem Landgericht hat vortragen lassen:
- „Abzustellen ist zwar primär nur auf den Mieter, der entsprechende Bestandsflächen nachfragt. Dieser orientiert sich aber an den Gewohnheiten seiner Kunden, den Endverbrauchern.“<sup>93</sup>
108. Insoweit wäre selbst nach Auffassung von Franconia der räumlich relevante Markt auf dem das FOC Wertheim tätig ist, durch das Einzugsgebiet zu begrenzen, das das FOC Wertheim seinen Mietern erschließen kann. Franconia ist jedoch der Auffassung, dass dieser räumliche Markt um die räumlichen Alternativen zu erweitern sei, in denen die Mieter entweder alternativ oder zusätzlich ihre Produkte verkaufen könnten, die sie im FOC Wertheim anbieten.
109. Diese Auffassung ist erkennbar fehlsam, weil andere FOC andere und zusätzliche Kundengruppen für die Markenhersteller erschließen können. Insoweit stellen die räumlichen Alternativen keine wettbewerblichen Alternativen sondern zusätzliche, komplementäre (räumliche) Möglichkeiten zur Erweiterung der Verkaufsmöglichkeiten der Markenhersteller dar. Dass dem so ist, wird allein schon dadurch belegt, dass selbst zahlreiche Mieter des FOC Wertheim auch Mieter in diversen anderen FOC der Value Retail-Gruppe, u.a. im FOC Ingolstadt sind. Würde das FOC Ingolstadt kein (räumlich) anderes Angebot machen, würde es nicht die festzustellenden, erheblichen Überschneidungen im Mieterbestand zwischen dem FOC Ingolstadt und dem FOC Wertheim geben.<sup>94</sup>
110. Die Beschlussabteilung ist trotz dieses offensichtlichen Sachverhalts dem Vortrag der Franconia nachgegangen. Es hat die befragten Markenartikelhersteller (siehe Tz. 42) u.a. danach befragt, ob sie noch einen zusätzlichen Bedarf an FOC-Ladenflächen haben, wie groß dieser in den nächsten 5 Jahren wäre, wenn ein solches Angebot zur Verfügung stünde und ob sie für den Fall, dass sie einen Laden in einem neuen Standort anmieten würden,

<sup>93</sup> Verfügungserwiderung an das Landgericht Mannheim vom 31.07.2013 – Anlagenband III, 1. Halbbd., Bl. 90.

<sup>94</sup> Nach ICSC European Outlet Conference verfügen 6 Markenhersteller über mehr als 20 Läden in FOC und 29 Luxus-/Premium-Marken mehr als 10 Läden, Anlagenband III, 1. Halbband Bl. 351.



einen vorhandenen Standort aufgeben würden oder diesen zusätzlich anmieten würden. Nur 12% der befragten Markenhersteller haben geantwortet, dass sie keinen weiteren Bedarf an FOC-Ladenflächen hätten. 50% der befragten gaben einen Bedarf von bis zu 3 Läden in den nächsten fünf Jahren an, 26% hatten einen Bedarf von 4 bis 6 und weitere 12% einen Bedarf von mehr als 6 Läden.<sup>95</sup> Dies belegt zunächst die im Markt bekannte Situation, dass in Deutschland im Vergleich zu anderen europäischen Ländern noch ein nicht unerheblicher Bedarf an FOC-Ladenflächen besteht. Darüber hinaus haben über 95% der Befragten erklärt, dass sie bei Eröffnung eines neuen Standortes keinen vorhanden schließen würden und die Entscheidung über die Eröffnung oder Schließung eines Standortes unabhängig von den übrigen vorhandenen Standorten getroffen wird (ca. 90%).<sup>96</sup> Dies belegt zusätzlich, dass die Nachfrager FOC-Standorte im Wesentlichen als ein komplementäreres Angebot ansehen. Etwas anderes dürfte nur dann gelten, wenn die Standorte benachbarter FOC so eng wären, dass diese ein im Wesentlichen deckungsgleiches Marktgebiet –also einen nahezu identischen Kundenkreis– erschließen würden.

111. Auch aus internen Unterlagen von Value Retail, geht hervor, dass Franconia sich nicht in einem bundesweiten, geschweige denn europaweiten Wettbewerb sieht.
112. Bereits in der Finanzierungsbrochüre des FOC Wertheim vom 25. September 2002 heißt es:

„There are also two recently constructed purpose-built outlet shopping centres in operation. B5 [FOC Wustermark], located outside Berlin, opened in 2000 and Zweibrücken Designer Outlets located in Rheinland-Pfalz, opened in May 2001.

None of these outlet destinations is directly competitive with Wertheim Village....

Although existing outlet destinations do not compete to any meaningful degree with Wertheim Village, there are examples elsewhere in Europe where apparently competitive factory outlet centres trade in close proximity, or with overlapping catchment areas to Value retail villages. The three most prominent examples are:

<sup>95</sup> Siehe Vermerk über die Auswertung der Befragung, Verfahrensakte Band V Bl. 343, 345.

<sup>96</sup> Siehe Vermerk über die Auswertung der Befragung, Verfahrensakte Band V Bl. 343, 346.

1. BAA MacArthur Glen's Great Western Designer Outlet (Swi-don, UK) is located 45 minutes from Bicester Village...
2. Factory (Las Rozas, Spain) is located five minutes from Las Rozas Village....
3. Roermond Designer Outlet (Roermond, Netherlands) opened in late November 2001 and is located 40 minutes away from Maasmechelen Village...

All Value Retail sponsored centres, even when situated near to potentially competitive outlet centres are successful. In these cases, the higher-end brands and better-quality customers gravitate toward the Value Retail sponsored village.<sup>97</sup>

113. Auch in den internen Unterlagen vom 7. Dezember 2010, die Value Retail [REDACTED] seiner Bank zur Verfügung gestellt hat, hat sich die interne Beurteilung der (fehlenden) Wettbewerbsbeziehung zwischen dem FOC Wertheim und der übrigen in Deutschland gelegenen FOC nicht geändert. In Bezug auf das FOC Wustermark, das bei Berlin gelegen ist, wird ausgeführt:

„It is not considered as competition to either IV [Ingolstadt Village] or WV [Wertheim Village]“<sup>98</sup>

114. Über das FOC Zweibrücken, das räumlich am nächsten zum FOC Wertheim liegt, wird ausgeführt:

„Recent press releases report that the centre sees itself competing directly against Wertheim Village and, surprisingly, also against Ingolstadt Village. In analysis of our own visitors prepared by the University of Munich, Zweibrücken is considered relatively uninteresting by our primary market.“<sup>99</sup>

115. Als Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden, dass der räumlich relevante Markt aus Sicht eines Nachfragers nach Vermietungsleistungen eines FOC das Einzugsgebiet definiert, dass das FOC dem Nachfrager zum Vertrieb seiner FOC-Ware anbieten kann. Die vorgenannten Umstände führen dazu, dass für die Vermietung von Flächen in Outlet Centern räumlich relevante Regionalmärkte festzustellen sind, denn die Hersteller müssen sich bei der Auswahl ihrer FOC Standorte danach richten, wo sie Käufer für ihre Waren finden. In gleicher Weise bedeutet dies, dass die Betreiber von FOC an diese regionalen Märkte gebunden sind und in Frage kommende Stand-

<sup>97</sup> Value Retail, Wertheim Village Outlet Shopping, Anlagenband IV, Bl. 146f., 149f.

<sup>98</sup> Value Retail, [REDACTED] vom 07. Dezember 2010, Verfahrensakte Bd. VI, Bl. 182, 185.

<sup>99</sup> Value Retail, [REDACTED] vom 07. Dezember 2010, Verfahrensakte Bd. VI, Bl. 182, 189.

orte für FOC –sowohl aus betriebswirtschaftlichen Gründen als auch aufgrund der bestehenden raumordnungspolitischen Rahmenbedingungen- begrenzt sind.

#### 1.2.2.2 Marktabgrenzung nach Fahrzeit-Isochronen

116. Wie groß die Einzugsgebiete der jeweiligen FOC sind und damit der räumlich relevante Markt ist, bestimmt sich im Wesentlichen von der Entfernung –gemessen in Fahrzeit–, die ein potenzieller Kunde bereit ist, in Kauf zu nehmen, um das spezielle Angebot eines FOC wahrzunehmen.
117. Die Beschlussabteilung hat die Betreiber von FOC in Deutschland nach ihrem jeweiligen Einzugsgebiet befragt, und zwar danach, wie viel Umsatz und wie viele Kunden sie im Jahre 2012 aus einer Entfernung von bis zu 25 km bis über 150 km generieren konnten.
118. Franconia hat mitgeteilt, dass ihr und ihrem Schwester-FOC in Ingolstadt eine Schätzung nach der Vorgabe der Beschlussabteilung nicht möglich sei. Sie beabsichtige aber aus den ihr vorliegenden Daten ein repräsentatives Bild zusammenzustellen<sup>100</sup>. Eine solche Darstellung wurde jedoch im Verfahren nicht vorgelegt. Stattdessen hat Franconia eine sog. Auswirkungsanalyse zur Erweiterung des FOC Wertheim aus dem Jahre 2011<sup>101</sup> vorgelegt sowie Besucheranalysen aus den Jahren 2004 bis 2013 für das FOC Wertheim<sup>102</sup>. Letztere umfassen jeweils zwei Stichproben aus den beiden Monaten Juni und August.
119. Der Auswirkungsanalyse kann entnommen werden, dass „das Einzugsgebiet des FOC Wertheim durch die 90-Minuten Fahrzeit-Isochrone begrenzt“ wird.

„Bereits im Rahmen der GMA-Untersuchung aus dem Jahre 2000 wurde das Einzugsgebiet ermittelt, das durch die 90-min-Fahrzeitisochrone begrenzt wird. Entsprechend der Verkehrsbedingungen erstreckt sich das Einzugsgebiet v.a. entlang der A 3 vom Raum Frankfurt bis zum Raum Nürnberg. Das von der GMA im Jahr 2000 ermittelte Einzugsgebiet wurde in der Folgezeit mehrmals durch die iq-Projektgesellschaft (Prof. Schmude/ Dr. Hüttner) einer Überprüfung unterzogen und mit Hilfe von

<sup>100</sup> Schreiben vom 26. August 2013, Anlage 3, Bd. II Bl. 106, 144.

<sup>101</sup> GMA, Auswirkungsanalyse zur Erweiterung des FOC „Wertheim Village“ in Wertheim vom 28. Juni 2011, Bd II, Bl. 145, 153.

<sup>102</sup> Schreiben vom 17.01.2014, Verfahrensakte Bd. IV, Bl. 200f., Anlage 2, Anlagenbd. 5, Bl.182ff.

regelmäßig durchgeführten umfangreichen Zählungen – zuletzt im Jahre 2010 – verifiziert.“<sup>103</sup>

120. Auch das Beratungsunternehmen ecostra teilt diese Auffassung, und zwar in seinem Fachgutachten zur Plausibilisierung von Unterlagen, die Franconia [REDACTED] seiner Bank vorgelegt hat. Insoweit kann auch ausgeschlossen werden, dass die Fahrtzeit-Isochronen ausschließlich zur Vorlage im Rahmen der planungsrechtlichen Verfahren zur Anwendung kommen und –wie Franconia vorträgt– keine Bedeutung für eine wirtschaftliche und damit auch kartellrechtliche Beurteilung hätte. In diesem Fachgutachten stellt ecostra fest:

„Unabhängig von der konkreten Zusammensetzung der räumlichen Besucherherkunft von FOC wird auf Grundlage der verfügbaren Daten deutlich, das FOC je nach Standort, Wettbewerbssituation und Mieterbesatz Einzugsgebiete bis zu ca. 90 PKW-Fahrminuten erschließen können. Die vorliegenden empirischen Ergebnisse aus Untersuchungen von in Betrieb befindlichen FOC illustrieren auch bei Berücksichtigung der in diesen Studien dargestellten Streubreiten, dass FOC

- einerseits...
- andererseits für eine ökonomische Tragfähigkeit doch wesentliche auch auf Einwohner- und damit Kaufkraftpotentiale angewiesen sind, welche zumindest innerhalb einer PKW-Fahrdistanz von ca. 1 Stunde lokalisiert sein müssen.“<sup>104</sup>

121. Das auf die Bewertung von Immobilien spezialisierte Unternehmen [REDACTED] [REDACTED] das im Jahre 2011 die Bewertung des FOC Wertheim für die [REDACTED] [REDACTED] durchgeführt hat, hat einen noch engeren Radius zugrunde gelegt:

„Research shows that 95% of visitors to FOC come from within 75 km and the catchment area should have a provision of 2,5 to 3 million population within a 60 minute car journey radius.“<sup>105</sup>

<sup>103</sup> GMA, Auswirkungsanalyse zur Erweiterung des FOC „Wertheim Village“ in Wertheim vom 28. Juni 2011, Band II, S. 145, 153, 173.

<sup>104</sup> ecostra, Fachgutachterliche Plausibilisierung von Unterlagen [REDACTED] vom 18. März 2011, Band III S. 247, 260f.

<sup>105</sup> [REDACTED]  
[REDACTED] Verfahrensakte Bd. VI, Bl. 15ff.

122. Aus diversen Unterlagen des FOC Wertheim geht im Übrigen hervor, dass das FOC selbst die verschiedenen Fahrzeit-Isochronen nutzt, und zwar immer mit der Darstellung der 60 Minuten und 90 Minuten und zum Teil auch mit der 120 Minuten Fahrzeit-Isochrone.<sup>106</sup>
123. Aus den Besucheranalysen vom Juni und August 2012 und 2013 werden auf Basis der Besucherzahlen für das FOC Wertheim die folgenden Angaben gemacht<sup>107</sup>:

**Tab. 3: Anteil der Kunden des FOC Wertheim nach Fahrzeit-Isochronen<sup>108</sup>**

Anteil der Kunden nach Fahrzeit-Isochronen					
in Minuten	Jun 12	Aug 12	Jun 13	Aug 13	GESAMT
0-30	■	■	■	■	■ [20-30]%
31-60	■	■	■	■	■ [15-25]%
61-90	■	■	■	■	■ [15-25]%
bis 90	■	■	■	■	■ [55-65]%
90-120	■	■	■	■	■ [5-10]%
>120	■	■	■	■	■ [25-35]%
	100%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

124. Danach ist zunächst festzustellen, dass nach diesen Analysen im Durchschnitt ■ [55%-65%] der Besucher ihren Wohnsitz innerhalb der 90-Minuten Fahrzeit-Isochrone haben und ein relativ hoher Anteil ■ [25%-35%] von ihrem Wohnsitz eine Fahrzeit von mehr als 2 Stunden in Kauf nehmen sollen, um das FOC Wertheim zu besuchen.
125. Die befragten Wettbewerber<sup>109</sup> haben zu ihrem Einzugsgebiet die folgenden Antworten gegeben (einfache Durchschnittsberechnung):

**Tab. 4: Einzugsgebiete der Wettbewerber nach dem Luftradius**

<sup>106</sup> z.B. Value Retail, ■ vom 07. Dezember 2010, Verfahrensakte Bd. VI, Bl.182, 183, Beispiel ohne 120 Minuten Isochrone; Value Retail, ■ 2013, S. 9 und 13, ■

<sup>107</sup> ■ Verfahrensakte Bd. VI, Bl. 91, 99, 102f.  
Lehrstuhl für Wirtschaftsgeographie und Tourismusforschung, Ludwig-Maximilians-Universität, Wertheim Village Besucheranalysen 2012 und 2013, Anlagenbd. V Bl. 366 ff., 392 ff., Eigene Berechnung unter Einschluss der ausländischen Besucher.

<sup>108</sup> ■

<sup>109</sup> Ein Wettbewerber konnte nicht eingearbeitet werden, da er die Auskunft nicht in der erbetenen Form gegeben hat.

Radius	Umsatzanteil	Kundenanteil
in km	in %	in %
bis 25	20,0	22,5
25-50	15,0	17,8
50-75	11,5	12,1
75-100	17,5	16,9
<b>bis 100</b>	<b>64,0</b>	<b>69,4</b>
100-125	10,5	9,3
125-150	8,5	8,0
>150	17,0	13,5
	<b>100,0</b>	<b>100,0</b>

126. Nach den Angaben der Wettbewerber haben damit ca. zwei Drittel ihrer Kunden ihren Wohnsitz in einem Radius von bis zu 100 km (dies entspricht in etwa einer Fahrzeit-Isochrone von 90 Minuten). Dies bedeutet aber nicht notwendiger Weise, dass das restliche Drittel der Besucher wegen des jeweiligen FOC eine weite Anreise auf sich genommen hat.
127. Nach Auffassung einer Studie (im Folgenden Lademann-Studie), die für ein anderes FOC in Auftrag gegeben wurde, generiert ein FOC zum einen Umsätze aus seinem Einzugsgebiet. Das Einzugsgebiet wird branchenüblich nach Fahrzeit-Isochrone in ein Kerneinzugsgebiet (0-30 km), ein Naheinzugsgebiet (31-60 km) und ein Ferneinzugsgebiet (61-90 km)<sup>110</sup> aufgeteilt. Zum anderen erzielt ein FOC sogenannte Streuumsätze. Nach der Lademann-Studie können die Streuumsätze in drei Gruppen aufgeteilt werden:
- Zufallskunden und Durchreisende,
  - Kunden die geplant zu einem FOC reisen, um dort Käufe zu tätigen und
  - Besucher, die sich aufgrund eines touristischen Aufenthalts im Einzugsgebiet des FOC aufhalten und diesen Aufenthalt mit einem Besuch im FOC verbinden<sup>111</sup>.
128. Die Lademann-Studie geht –mit Bezug auf ein Fachgutachten, das für das FOC Wertheim erstellt wurde– davon aus, dass ca. 20% der Kunden und ca. 33-35% der Gesamtumsätze eines FOC auf diese Streukunden entfällt<sup>112</sup>. Sie kommt weiter zu dem Ergebnis, dass sie in Bezug auf das konkrete FOC

<sup>110</sup> Lademann, Die Stadt Soltau als Standort für ein Factory-Outlet.Center, „Die Einzugsgebietseinteilung in drei Zonen à 30,60, und 90 PKW-Fahrminuten bis zum Vorhabenstandort ist empirisch abgesichert und entspricht der üblichen Abgrenzung bei FOC“ Verfahrensakte. Bd. II, Bl. 243 Fn. 23.

<sup>111</sup> Lademann-Studie, S. 66, Verfahrensakte Bd. II, Bl.250.

<sup>112</sup> Lademann-Studie, S. 66,68, Verfahrensakte Bd. II, Bl. 250, 252.

erwartet, das von den 20% Streukunden ca. 8% auf Zufallskunden und jeweils 6% auf die geplanten Besuche und die touristisch induzierten Besuche entfallen. Wegen der unterschiedlichen Ausgabenbereitschaft der Gruppen entfielen von den 33-35% der Streuumsätze ca. 23% auf Umsätze mit Zufallskunden, 30% auf Umsätze mit geplanten Besuchen und ca. 47% auf die touristischen Besucher.

129. Dies bedeutet, dass gut zwei Drittel der Kunden eines FOC ihren Wohnsitz im Einzugsgebiet einer 90-Minuten-Isochrone, bzw. von ca. 100 km, um das FOC haben. Von dem restlichen Drittel der Kunden, die außerhalb dieses Gebietes ihren festen Wohnsitz haben, befinden sich aber wiederum ca. zwei Drittel bereits im Marktgebiet des FOC (aufgrund einer Durchreise oder als Touristen), wenn Sie sich für einen Besuch im FOC entscheiden. Sie reisen also nicht wegen des FOC gesondert an, sondern befinden sich bereits aus anderen Gründen im Einzugsgebiet des FOC. Insgesamt dürften damit mehr als 85% der Kunden aus einem 100 km Radius, bzw. einer 90 Minuten Fahrzeit-Isochrone, um das FOC stammen, entweder weil sie dort ihren ständigen Wohnsitz haben, oder weil sie sich bereits aus anderen Gründen –als Durchreisende oder Touristen– in diesem Gebiet aufgehalten haben, bevor sie das FOC besuchten.
130. Für das FOC Wertheim ergibt sich aus den vorliegenden Unterlagen nichts anderes. Dies ergibt sich aus den folgenden Gründen:
131. Auf Basis der Besucheranalysen des FOC Wertheim stammen im Durchschnitt [55%-65%] der Besucher (siehe im Einzelnen Tabelle 3, Tz. 118) aus einem Gebiet von bis zu 90 Fahrminuten, was ca. einem Luftradius von 100 km entspricht<sup>113</sup>. Der Anteil der Streukunden, die ihren Wohnsitz außerhalb des Einzugsgebietes des FOC Wertheim haben, liegt damit nach den Besuchsanalysen bei [35%-45%]. Im Folgenden wird gezeigt, dass ein erheblicher Teil dieser Streukunden mit Wohnsitz außerhalb dieser 90-Minuten Isochrone nicht zur Erweiterung des räumlich relevanten Marktes führt, weil sie als Kunden des Einzugsgebietes (der sog. „catchment area“) zu betrachten sind.
132. In den vorgenannten Besuchsanalysen des FOC Wertheim wird neben einer Vielzahl anderer Aspekte der „Besuchszusammenhang“ der Besucher aufge-

<sup>113</sup> Siehe Tz. 103 Graphik 2 Fahrzeit Isochronen und 100 km-Luftradius des FOC Wertheim einen Luftradius von 100 km abbildet.

führt<sup>114</sup>. In der folgenden Tabelle sind diese Daten –hier jedoch in einer anderen Reihenfolge– dargestellt:

**Tab. 5: Verteilung der Kunden des FOC Wertheim nach dem Besuchszusammenhang<sup>115</sup>**

Besuchszusammenhang	Verteilung nach dem Besuchszusammenhang				
	Jun 12	Aug 12	Jun 13	Aug 13	GESAMT
Besucher aus Wertheim <sup>116</sup>	■	■	■	■	■ [5-10]
Komme einfach nur zum Einkaufen	■	■	■	■	■ [25-35]
Komme einfach nur zum Bummeln	■	■	■	■	5 [0-5]
<b>Kundengruppe 1</b>	■	■	■	■	■ [35-45]
Tagesausflug vom Wohnort	■	■	■	■	■ [15-25]
Ziel/Teilziel einer Bustagestour	■	■	■	■	■ [0-5]
<b>Kundengruppe 2</b>	■	■	■	■	■ [15-25]
Unterbrechung der Geschäftsreise	■	■	■	■	■ [5-15]
Unterbrechung der Urlaubsreise	■	■	■	■	■ [10-20]
Aktivität während eines Urlaubs	■	■	■	■	■ [5-10]
<b>Kundengruppe 3</b>	■	■	■	■	■ [30-40]
<b>GESAMT</b>					100,0

133. Aus der vorgestellten Tabelle kann gefolgert werden, dass die **Kundengruppe 1** das FOC Wertheim zielgerichtet zum Einkaufen aufsucht und mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit („Komme einfach nur zum Einkaufen/ Bummeln“) aus dem Einzugsgebiet des FOC Wertheim stammt. Der Anteil von ■ [35-45]% der Kunden entspricht ungefähr dem Anteil der Besucher aus der Fahrzeit-Isochrone von bis zu 60 Minuten (siehe Tab. 3, Tz. 123, dort ■). Es ist daher mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass aus der Kundengruppe 1 alle Kunden zumindest aus der Fahrzeit-Isochrone von 90 Minuten stammen.

<sup>114</sup> Lehrstuhl für Wirtschaftsgeographie und Tourismusforschung, Ludwig-Maximilians-Universität, Wertheim Village, Besucheranalysen 2012 und 2013, Anlagenbd. V Bl. 370, 396.

<sup>115</sup>

<sup>116</sup> Der angegebene Prozentsatz für die Kunden aus Wertheim ergibt sich als Restgröße, da die Besucher aus Wertheim nicht in der Originaltabelle erfasst sind.



134. Der Anteil der **Kundengruppe 2** beträgt im Durchschnitt [15-25]%. Er besteht im Wesentlichen aus Tagesausflüglern. Ob ihr Anteil zwischen 2012 und 2013 so signifikant gestiegen ist oder aufgrund einer Änderung in der Befragung zurückzuführen ist, kann dahingestellt bleiben. Nach Angaben in den Besuchsanalysen stammten im Jahre 2012 [30-40]% aus der 60-Minuten Fahrzeit-Isochrone und [50-60]% kamen aus einer Entfernung von 60 bis 120 Minuten und [5-15]% hatten einen Anfahrtsweg von mehr als 120 Minuten. Für das Jahr 2013 lagen die jeweiligen Anteile bei [45-55]%, [40-50]% und [5-15]%.<sup>117</sup> Da kein Prozentsatz für die 90-Minuten Fahrzeit-Isochrone angegeben und ermittelt werden kann, wird vereinfachend unterstellt, dass jeweils die Hälfte der Kunden, die eine Fahrzeit zwischen 60 und 120 Minuten zurückgelegt haben, jeweils unter und über 90 Minuten gefahren sind. Unter dieser Prämisse wären dann im Jahre 2012 [35-45]% ( ) und im Jahre 2013 [25-35]% ( ) der Kundengruppe 2 aus einer Entfernung von mehr als 90-Minuten angereist, im Durchschnitt also etwas mehr als [30-40]%. Dies entspricht –da auf diese Kundengruppe im Durchschnitt [15-25]% aller Kunden entfällt– einem Anteil von insgesamt [5-10]% aller Kunden. Die übrigen [10-20]% ( ) der Kundengruppe 2 stammen damit aus der 90-Minuten Fahrzeit-Isochrone.
135. **Die Kundengruppe 3** –ihr Anteil beträgt im Durchschnitt [30-40]%- besteht aus Geschäftskunden und Touristen, die –da sie ihre Geschäftsreise bzw. Urlaubsreise für den Besuch im FOC Wertheim unterbrochen haben oder den Besuch als Urlaubsaktivität ansehen– weitüberwiegend aus Kunden, die außerhalb des Einzugsgebietes des FOC ihren Wohnsitz haben<sup>118</sup>. Wie sich aber bereits aus der Definition der drei Gruppen ergibt, haben sie die (weite) Anreise zum FOC Wertheim nicht in erster Linie deshalb in Kauf genommen, weil sie im FOC Wertheim einkaufen wollen, sondern –weil sie sich bereits geschäfts- oder urlaubsbedingt– im

<sup>117</sup> Lehrstuhl für Wirtschaftsgeographie und Tourismusforschung, Ludwig-Maximilians-Universität, Wertheim Village Besucheranalysen 2012 und 2013, Anlagenbd. V Bl. 380 f., 408 f. (Auch hier wurden die Angaben wie zuvor beschrieben anonymisiert).

<sup>118</sup> Sofern es sich nicht gerade um Geschäftsreisende und Urlaubsreisende handelt, die ohnehin ihren Sitz im Einzugsgebiet des FOC Wertheim haben.

Einzugsgebiet (der sogn. „catchment area“) des FOC Wertheim befunden haben.<sup>119</sup>

136. Aus den vorgenannten Daten kann gefolgert werden, dass –wie auch bei andern FOC (siehe unter Tab. 4, Tz. 125) – zwar ein hoher Anteil [35-45]%) der Besucher des FOC Wertheim außerhalb des Einzugsgebietes seinen Wohnsitz hat, diese aber das FOC nicht von ihrem Wohnsitz her aufsuchen, sondern bereits aufgrund eines Geschäftsbesuches oder eines Urlaubs sich im Einzugsgebiet des FOC Wertheim aufhalten. Daher sind sie dem Einzugsgebiet des FOC zuzurechnen und nicht dem Ort ihres Wohnsitzes. Damit stammen [85-95]%) der Besucher [35-45]%) aus der Kundengruppe 1, [10-20]%) aus der Kundengruppe 2 und [30-40]%) aus der Kundengruppe 3) aus der 90-Minuten Fahrzeit-Isochrone, weil sie entweder unmittelbar aus dem Einzugsgebiet des FOC Wertheim stammen oder, weil sie sich am Tag ihres Besuchs in dessen Einzugsgebiet aufgehalten haben.
137. Wenn aber [85-95]%) der Kunden aus der 90-Minuten Fahrzeit-Isochrone um das FOC Wertheim stammen, ist dieses Gebiet als räumlich relevanter Markt abzugrenzen, weil die Streuumsätze der relativ geringen Zufallskunden aus weiteren Entfernungen, die das FOC geplant aufsuchen ([5-10]%) keinen prägenden Einfluss auf die Wettbewerbsbedingungen im räumlich relevanten Markt haben.
138. Franconia ist zuzugeben, dass die vorgenannte Zuordnung nicht mit wissenschaftlicher Genauigkeit belegt werden kann. Sie ist aber aufgrund der oben dargestellten Zusammenhänge nicht nur plausibel, sondern im hohen Maße wahrscheinlich und ausreichend belastbar für die vorgenommene räumliche Marktabgrenzung.

<sup>119</sup> Dies wird u.a. auch dadurch bestätigt, dass bei einer Befragung aus dem Jahre 2010 [15-25]%) von 11.326 befragten Personen angegeben haben, dass sie aufgrund der Beschilderung auf der Autobahn auf das FOC Wertheim aufmerksam geworden seien, Wertheim/Ingolstadt Village Kundenbefragung, [REDACTED]

[REDACTED] Verfahrensakte Bd. VI, Bl. 82, 84. Auch im Schriftsatz vom 23.10.2013, S. 31, Verfahrensakte Bd. III, Bl. 501 wird bestätigt, dass „gerade die Metropolregion Rhein/Main häufig von Geschäftskunden frequentiert wird bzw. eine typische Durchfahrtsgegend bei der Fahrt etwa vom Norden oder Westen Deutschlands nach Süden darstellt.“

139. Darüber hinaus sind die vorstehend zugrundegelegten Daten für die Streukunden aus weiteren Entfernungen tendenziell überhöht. Grund hierfür ist, dass sich die Datengrundlage nur auf die beiden Sommermonate Juni und August beziehen. Dies lässt mit hoher Wahrscheinlichkeit vermuten, dass in diesen Monaten der Anteil der (Bus-)Tagestouren [15-25%] und Urlaubsreisenden [15-25%] überdurchschnittlich hoch im Vergleich zum Jahresdurchschnitt ist.<sup>120</sup> So zeigen die Übernachtungszahlen für den Landkreis Main-Tauber, in dem die Stadt Wertheim liegt, dass diese im Juni und August 2013 um jeweils [20-30]% über dem Jahresdurchschnitt und der Anteil der Übernachtungen ausländischer Touristen in diesen beiden Monaten sogar um [80-90]% über dem Jahresdurchschnitt lagen.<sup>121</sup>
140. Darüber hinaus ist die Gesamtzahl der befragten Besucher mit jeweils bis zu 750 Personen eher gering. Insoweit lassen andere interne Unterlagen des FOC Wertheim sogar vermuten, dass der Anteil der Streukunden sogar noch substantiell unter den hier zugrundegelegten Werten liegt.
141. So ist den internen Unterlagen zu entnehmen, dass in keiner der zugänglichen Unterlagen auch nur annäherungsweise ein Anteil der ausländischen Touristen um [10-20]% festgestellt wird, wie diese z.B. im Jahre 2013 von den Besuchsanalysen attestiert wird<sup>122</sup>. Nach Auswertungen der Autokennzeichen vom 1. und 15. August 2009, in der insgesamt 5.127 Fahrzeuge einbezogen waren<sup>123</sup>, sowie einer Kundenbefragung vom 17. April 2011<sup>124</sup> mit 447 Teilnehmern geht hervor, dass in keiner dieser Unterlagen der Anteil der ausländischen Besucher über [0-5]% lag.

<sup>120</sup> siehe hierzu auch kritisch: ecostra, Fachgutachterliche Plausibilisierung von Unterlagen

vom 16. März 2011, Band III S. 247, 287; Value Retail, May 2012,

Verfahrensakte Bd. VI, Bl.

105, 108ff..

<sup>121</sup> Statistisches Landesamt Baden-Württemberg, Beherbergung im Reiseverkehr nach Monaten, Landkreis Main-Tauber-Kreis, Spalte Übernachtungen, Ausdruck Verfahrensakte BdIX, Bl.56f.

<sup>122</sup> Siehe Fn. 105.

<sup>123</sup> Value Retail,

Ausdruck files\Kennzeichenliste WV.xls, Verfahrensakte Bd. VI, Bl. 111ff.

<sup>124</sup> Value Retail, Kundenbefragung Sonntag 17. April 2011,

Ausdruck files\Kundenbefragung\_Sonntag\_17.04\_WV.ppt, Verfahrensakte Bd. VI, Bl.147, 148.

142. Soweit in diesen Unterlagen Angaben zu Besucheranteilen nach Fahrzeit-Isocronen gemacht werden oder ermittelt werden können, lässt sich folgendes feststellen: Nach der Auswertung der Autokennzeichen im (Urlaubs-) Monat August 2009 lassen sich [65-75]% der Besucher der 90-Minuten Isochrone zuordnen, weitere [5-10]% liegen im grenznahen Raum von Heidelberg und Mannheim. Die Kundenbefragung im April 2011<sup>125</sup> ergab einen Anteil von [80-90]% mit Fahrzeiten bis 90 Minuten, [5-10]% in der 90 bis 120 Minuten Isochrone und [5-15]% mit einer Fahrzeit von mehr als 120 Minuten. Auch die Budgetunterlagen lassen indirekt auf einen hohen Anteil im Bereich der 90 Minuten Fahrzeit-Isocronen schließen. Hier wird für die Jahre 2014 und 2015 von einem Anteil von [70-80]% für „local consumer“ ausgegangen. Allerdings dürften hier Kunden aus der 120 Minuten Fahrzeit-Isocronen gemeint sein, so dass der Anteil der Kunden aus der 90 Minuten-Isocronen bei [65-75]% liegen dürfte.
143. Der Anteil deutscher Touristen liegt in der Erhebung der Autokennzeichen aus dem (Urlaubs-) Monat August 2009 insgesamt [20-30]%, wobei der Anteil der Besucher aus den weiter entfernten Bundesländern bei [15-25]% liegt. In der Befragung von April 2011 lag der Anteil der in- und ausländischen Besucher mit Fahrzeiten über 120 Minuten [10-20]%. Die Budgetunterlagen für das Jahr 2014 und 2015 gehen von einem Anteil von [15-25]% inländischer Touristen mit Fahrzeiten von mehr als 120 Minuten aus.
144. Aus den internen Unterlagen geht danach hervor, dass der Anteil der Besucher, die unmittelbar aus der 90 Minuten-Isocronen stammen, nicht –wie die Besuchsanalysen nahelegen– bei [55-65]%, sondern eher bei [65-75]% oder darüber liegen. Der Anteil der Besucher aus der 90-120 Minuten Fahrzeit-Isocronen dürfte zwischen 5% und 10% liegen. Der Anteil ausländischer Besucher liegt unter [5-10]% und der Anteil der deutschen Touristen, die in einer Entfernung von mehr als 2 Stunden vom FOC Wertheim wohnen und auf ihrer Urlaubsreise oder während ihres Urlaubs das FOC Wertheim aufsuchen, liegt im Jahresdurchschnitt eher unter als über [15-25]%. Damit wird auch durch die internen Unterlagen bestätigt,

---

Im April 2013 lag der Anteil der Übernachtungen aller Touristen [5-10]% und der Übernachtungen ausländischer Touristen [25-35]% unter dem Jahresdurchschnitt.

dass mehr als [REDACTED] [60-70]% der Besucher unmittelbar aus der 90 Minuten Fahrzeit-Isochrone stammen, und sich zwischen 25% bis 30% (inländische und ausländische Touristen bzw. Geschäftsleute aufgrund eines Urlaubs oder einer Geschäftsreise bereits im 90 Minuten Einzugsgebiet des FOC Wertheim befanden. Nur zwischen 5% bis 10% der Besucher stammen aus einer Entfernung von 90-120 Minuten und dürften das FOC Wertheim (nur) zum Einkaufen aufsuchen.

### **1.2.3 Ergebnis der räumlichen Marktabgrenzung**

145. Nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung bestehen damit unterschiedliche regionale Märkte für FOC, die durch eine Fahrzeit-Isochrone von 90 Minuten um ihren jeweiligen Standort gebildet werden. Eine genauere Abgrenzung der räumlichen Gebiete könnte sogar dahinstehen, da es für den vorliegenden Fall nicht darauf ankommt. Denn eine genaue Ermittlung von Marktanteilen ist vorliegend entbehrlich, weil allenfalls festgestellt werden muss, ob das Wettbewerbsverbot in den Mietverträgen der Franconia eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung darstellt oder nicht. Selbst dann, wenn –entgegen der hier vertretenen Auffassung– von einer 120-Minuten Fahrzeit-Isochrone auszugehen wäre, wäre eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung festzustellen.

## **2. Marktstellung des FOC Wertheim**

146. Das FOC Wertheim verfügt auf dem sachlich relevanten Markt für die Vermietung von Ladenflächen in FOC im räumlich relevanten Markt, der durch eine Fahrzeit-Isochrone von 90 Minuten um den Standort Wertheim gebildet wird, über eine einzelmarktbeherrschende Stellung (§ 18 Abs. 1 Nr. 2 und 3 GWB).

### **2.1 Anbieter von Ladenflächen in FOC in Deutschland**

147. In Deutschland sind derzeit 11 FOC tätig. Diese sind:

- FOC Wertheim (Value Retail)
- FOC Ingolstadt (Value Retail)
- FOC Wustermark (McArthurGlen Service GmbH)
- FOC Neumünster (McArthurGlen Service GmbH)
- FOC Zweibrücken (Neinver Deutschland GmbH)
- FOC Ochtrup (my diary GmbH)
- FOC Soltau (FOC Objekt Soltau GmbH)

- FOC Wolfsburg (designer outlets OCI Wolfsburg GmbH)
- FOC Ochtum (Dr. Müllmann & MiRo Grundstücksverwaltung GmbH)
- Outlet Agglomeration Metzingen (kein einheitlicher Betreiber)
- FOC Bad Münstereifel (Retail Outlet Shopping)<sup>126</sup>

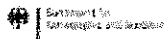
148. In der folgenden Deutschland-Karte (Graphik 3) sind die derzeit bestehenden FOC (ohne Bad Münstereifel) sowie das im Bau befindliche FOC Montabaur eingetragen und deren 90-Minuten Fahrzeit-Isochrone eingezeichnet.

---

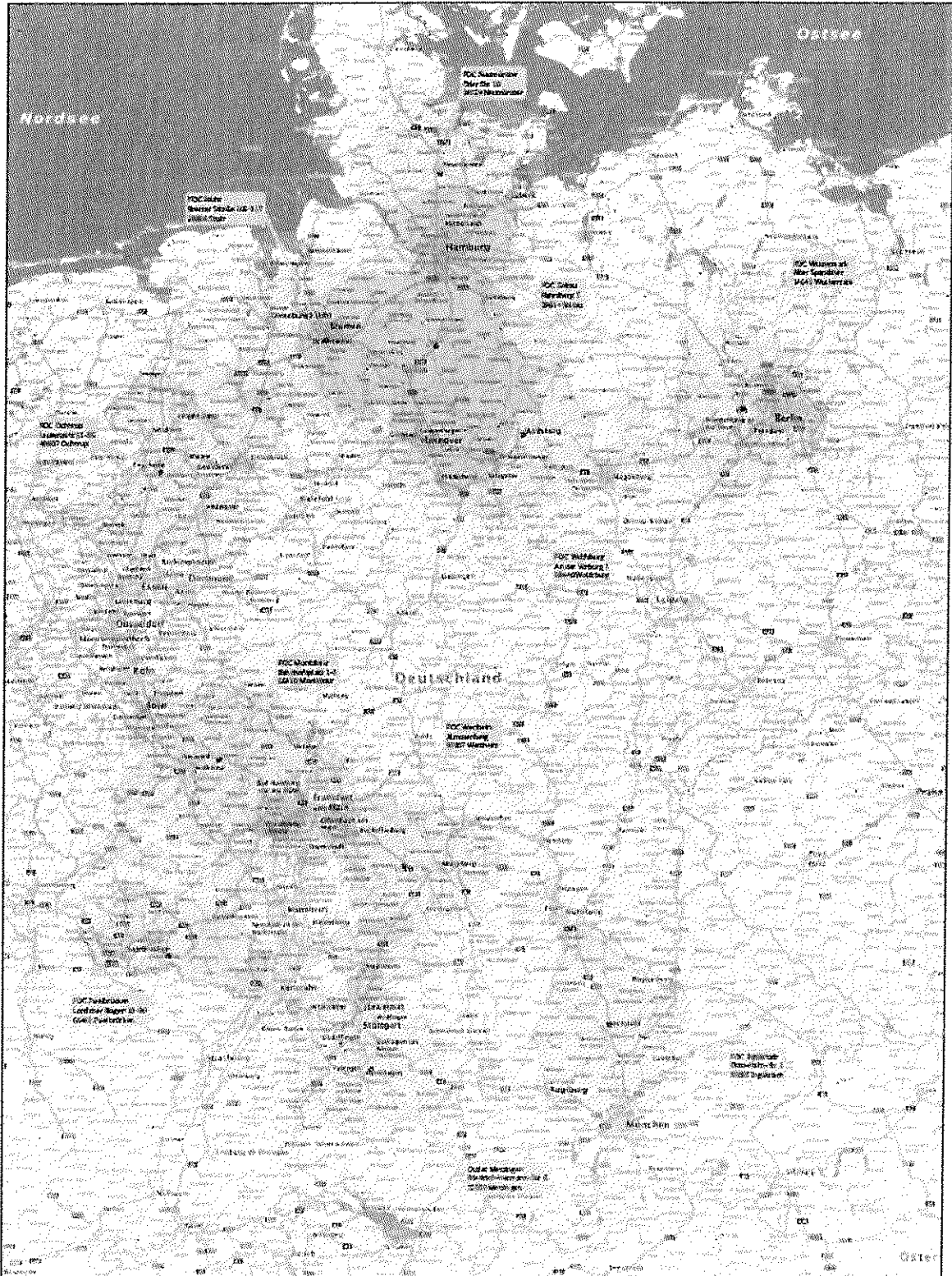
<sup>126</sup>

Das FOC Bad Münstereifel konnte im Folgenden nicht berücksichtigt werden, da es erst am 14.08.2014 seinen Betrieb aufgenommen. Das FOC hat keinen eigen, geschlossenen Gebäudekomplex, sondern verteilt sich auf ca. 40 Läden in der Altstadt von Bad Münstereifel.

Graphik 3:



### Fahrzeit-Isochronen Übersicht



Legend for symbols and line styles.

1:200 000  
Scale bar showing distances in kilometers (0, 20, 40, 60, 80, 100 km).

Logo of the Federal Cartographic Institute (BKG) and other associated organizations.

149. Der Gesamtumsatz (Bruttomiete unter Einschluss der Nebenkosten) der vorgenannten 10 FOC beträgt über 100 Mio. € und der Umsatz ihrer Mieter deutlich über 500 Mio. €. Die 10 FOC verfügen über Ladenflächen (ohne Gastronomie) zwischen ca. 9.000 qm und 21.000 qm<sup>127</sup>. Insgesamt wird eine Ladenfläche von ca. 175.000 qm angeboten. Die 10 FOC haben zusammen ca. 750 Mieter, wovon das kleinste FOC über 40 und das größte über 110 Mieter beherbergt.
150. Die sechs Outlet Ansammlungen in Zeil, Radolfzell, Wadgassen, Herrieden, Herzogenaurach und Selb sind keine typischen FOC. Dies gilt sowohl im Hinblick auf die geringe Zahl der Mieter (bis zu 20), wie auch im Hinblick auf die dort vorhandenen - z.T. auf einzelne Warengruppen, wie Sportartikel und Haushaltswaren, spezialisierte – Ladengeschäfte.<sup>128</sup>
151. In Deutschland werden derzeit eine Vielzahl von FOC geplant. Hierzu gehört auch ein Projekt von Value Retail in Bispingen bei Lüneburg. Da Value Retail hierzu keine Genehmigung erteilt bekommen hat, betreibt das Unternehmen derzeit ein Vertragsverletzungsverfahren vor der Europäischen Kommission. Value Retail ist der Ansicht, dass die für die geplante Ansiedlung eines FOC in Bispingen maßgeblichen Regelungen des niedersächsischen Raumordnungsprogramms mit der durch Art. 43 EG-Vertrag geschützten Niederlassungsfreiheit von Value Retail nicht vereinbar ist.<sup>129</sup> Auch andere Projekte sehen sich im Zulassungsverfahren erheblichem Widerstand ausgesetzt. Soweit der Beschlussabteilung bekannt, scheinen derzeit nur drei von 6 FOC-Projekten, die noch im Jahre 2011 vom Gutachter ecostra als potenzielle Wettbewerber zum FOC Wertheim angesehen wurden<sup>130</sup>, tatsächlich realisiert zu sein bzw. realisiert zu werden. Die beiden realisierten Objekte in Zeil/Haßberg und Herriden (an der A 6 zwischen Heilbronn und Nürnberg gelegen) sind allerdings nur kleine Outlet Ansammlungen, die sich zwar als FOC bezeichnen aber nur 9 Einzel-Outlets beherbergen. Einziges neues,

<sup>127</sup> Das FOC Wertheim verfügt über ein Bruttomietfläche von [18.000-22.000] qm. Die zulässige Nettomietfläche liegt bei [10.000-15.000] qm. Der Unterschied ergibt sich einerseits aus Lagerflächen, die nicht zur Verkaufsfläche zählen aber auch aus Flächen, die sich im Laden befinden aber abgezogen werden, weil sie von den Kunden nicht betreten werden können (z.B. der Kassenbereich, Schaufensterflächen etc.).

<sup>128</sup> Für Radolfzell, Wadgassen und Selb siehe Auswertung FOC-Befragung Verfahrensakte Band V Bl. 339 ff. d.A.

<sup>129</sup> Siehe Verfahrensakte Band V, Bl. 178 ff

<sup>130</sup> ecostra, Fachgutachterliche Plausibilisierung von Unterlagen [redacted] vom 18. März 2011, Band III Bl. 277.



marktrelevantes FOC, ist das Fashion Outlet Montabaur, das im Juli 2015 eröffnet werden soll. Die Projekte in Sinsheim, Seligenstadt, Ludwigshafen wurden endgültig aufgegeben bzw. in keinem nennenswerten Umfang realisiert.<sup>131</sup>

## 2.2 Wettbewerb im räumlichen relevanten Markt des FOC Wertheim

152. Aus der vorangestellten Karte ergibt sich, dass sich das Marktgebiet des FOC Wertheim derzeit am stärksten mit dem Einzugsgebiet der Outlecity Metzingen am südlichen Rand im Bereich um Heilbronn überschneidet. Die Outlecity Metzingen ist zwar planungsrechtlich kein FOC und bildet keine bauliche Einheit. Es ist aber über viele Jahre um den Werksverkauf des Bekleidungsherstellers Hugo Boss zu einer Ansammlung von ca. 60 Ladengeschäften angewachsen, so dass es wirtschaftlich und wettbewerblich ähnlich wie ein FOC im Markt agiert.
153. Sehr geringe Überschneidungen des FOC Wertheim liegen noch mit dem Marktgebiet des FOC Zweibrücken im Raum Wiesbaden/Mainz vor.
154. Darüber hinaus überschneidet sich das Einzugsgebiet des FOC Wertheim mit dem FOC Ingolstadt im Raum Bamberg/Erlangen/Fürth. Diese Überschneidungen sind jedoch wegen der konzernrechtlichen Beziehungen wettbewerblich irrelevant.
155. Das geplante Fashion Outlet Montabaur wird die größte Überschneidung mit dem FOC Wertheim haben, und zwar im Wesentlichen im Rhein-Main-Gebiet (Frankfurt/Wiesbaden/Mainz/Offenbach).
156. Daraus folgt, dass aus Sicht der nachfragenden Markenartikelhersteller nach Ladenflächen in FOC die einzelnen FOC im südlichen Teil Deutschlands nur sehr begrenzt –und zwar für Kunden in den vorgenannten räumlichen Randgebieten– substituierbar sind, da die einzelnen Outlets den Markenherstellern im Wesentlichen nur Zugang zu Nachfragern in unterschiedlichen Regionen verschaffen können. Etwas anderes gilt für den Norden Deutschlands, wo sich die Marktgebiete der dort ansässigen FOC z. T. deutlich überschneiden.

---

Internetrecherche, siehe Artikel Verfahrensakte Bd. V, Bl. 373ff. Die Projekte in Sinsheim und Seligenstadt wurden endgültig aufgegeben, in Seligenstadt wurde nur ein FOC für Schulbedarf realisiert. siehe hierzu auch aktuelle Übersicht für Deutschland: ecostra, Outlet Centres in Europe, December 2014, Anlage 12 zum Schreiben vom 19. Dezember 2014, Verfahrensakte Band VIII, Bl. 260ff.

157. Wie zuvor dargestellt, überschneidet sich das Marktgebiet des FOC Wertheim der Franconia derzeit nur unwesentlich mit dem Marktgebiet des benachbarten FOC in Zweibrücken und nur im südlichen Marktgebiet mit der Outletcity Metzingen. Soweit Überschneidungen mit dem Marktgebiet des FOC Ingolstadt vorliegen und das FOC Ingolstadt Umsätze im Marktgebiet des FOC Wertheim erzielen sollte, so sind diese dem FOC Wertheim bzw. der Unternehmensgruppe Malkin –wegen der konzernrechtlichen Verbindung– zuzurechnen.
158. Der Überschneidungsbereich zwischen dem FOC Wertheim und dem FOC Zweibrücken ist allein wegen den Entfernungen zwischen den beiden FOC-Standorten von ca. 250 km und einer Fahrzeit von 2 Stunden und 20 Minuten sehr beschränkt.
159. Auch die Outletcity Metzingen ist mit einem Luftradius von 135 km und einer Fahrzeit von etwa 2 Stunden sehr weit vom FOC Wertheim entfernt. Darüber hinaus sind in der Outletcity nur etwa halb so viele Marken vertreten wie im FOC Wertheim. Hieraus kann gefolgert werden, dass das FOC Wertheim der Franconia in ihrem Marktgebiet als Anbieter von Ladenflächen in FOC derzeit zumindest über eine überragende Marktstellung im Sinne des § 18 Abs. 1 Nr. 2 und 3 GWB verfügt. Ihr Marktanteil wird in ihrem räumlich relevanten Markt -der 90-Minuten Fahrzeit-Isochrone- mit hoher Wahrscheinlichkeit über 80% liegen. Dies ergibt sich aus den nur unbedeutenden Überschneidungsgebieten zu den FOC in Ingolstadt (das zum selben Konzern gehört), Metzingen und Zweibrücken. Eine genaue Berechnung des Marktanteils von Value Retail im Markt des FOC Wertheim ist nicht möglich, da bei den betroffenen Unternehmen keine genaue regionale Zuordnung der Herkunft der Kunden und erst recht nicht von den Umsätzen, die mit diesen Kunden erzielt worden, vorliegt. Insoweit kann der Marktanteil nur geschätzt werden, was für die Zwecke des Verfahrens allerdings auch ausreichend ist.<sup>132</sup>
160. Der Marktanteil von Value Retail im Marktgebiet des FOC Wertheim liegt damit deutlich über der Einzelmarktbeherrschungsvermutung des § 18 Abs. 4 GWB. Franconia verfügt über ihre Einbindung in den Value Retail Konzern über einen hervorragenden Zugang zur Marktgegenseite. Darüber

---

<sup>132</sup>

Siehe „Vermerk über die Schätzung des Marktanteils von Value Retail im Marktgebiet des FOC Wertheim“ vom 22.01.2015, Verfahrensakte Band VIII, Bl. 470ff.

hinaus wird ihre Marktstellung durch die sehr hohen rechtlichen und tatsächlichen Marktzutrittschranken abgesichert. Das FOC Wertheim ist danach jedenfalls keinem wesentlichen Wettbewerb durch seine (weit entfernt liegenden) benachbarten FOC ausgesetzt und verfügt im Marktgebiet über eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung. Diese Marktstellung wird auch nicht durch den potenziellen Wettbewerber, das Fashion Outlet Montabaur, strukturell angegriffen werden können. Grund hierfür ist, dass bei einem Marktzutritt des Fashion Outlet Montabaur sich beide FOC räumlich nur relativ gering überschneiden werden. Zwar ist dieser Marktraum, das Rhein-Main-Gebiet, wirtschaftlich für keinen der beiden Anbieter völlig unbedeutend, doch wird dieser regionale Randwettbewerb, dem sich das FOC Wertheim ausgesetzt sehen wird, nicht die insgesamt bestehende marktbeherrschende Stellung des FOC Wertheim in seinem Marktgebiet erodieren lassen.

161. Der Gutachter ecostra bewertet in seinem Fachgutachten zur Plausibilisierung von eingereichten Kreditunterlagen die Wettbewerbssituation des FOC Wertheim wie folgt:

„Wertheim ist derzeit im gesamten Dreieck zwischen Frankfurt am Main – Stuttgart –Nürnberg das einzige in Betrieb befindliche Outlet Center. Gleichwohl zeigt das Einzugsgebiet von Wertheim Village gewisse räumliche Überschneidungen mit den Einzugsgebieten anderer Outlet Center (Ingolstadt, Zweibrücken) wobei diese Wettbewerber jedoch schon relativ weit entfernt liegen. Allerdings ist davon auszugehen, dass sich kurz bis mittelfristig die – bislang eher entspannte – Wettbewerbssituation unter den Outlet Centern in diesem Raum durch die Entwicklung neuer Standorte deutlich intensivieren wird.“<sup>133</sup>

162. Sieht man von den nicht realisierten bzw. irrelevanten, kleinen Ansammlungen von Outlets einmal ab, so bewertete ecostra zum damaligen Zeitpunkt die „Wettbewerbsbedeutung“ der Wettbewerber für das FOC Wertheim wie folgt:

- FOC Ingolstadt, Metzingen und Montabaur: hoch
- Zweibrücken: gering<sup>134</sup>

<sup>133</sup> ecostra, Fachgutachterliche Plausibilisierung von Unterlagen [REDACTED] vom 18. März 2011, Band III Bl. 274

<sup>134</sup> ecostra, Fachgutachterliche Plausibilisierung von Unterlagen [REDACTED] vom 18. März 2011, Band III Bl. 275 wobei die Bewertungsskala zwischen 1 sehr gering und 5 sehr hoch lag.

163. Der Immobilienbewerter [REDACTED] beurteilt in seinen Gutachten die Marktstellung des FOC Wertheim wie folgt:

„In our opinion Wertheim Village is the dominant outlet centre for the region and is protected by the competition clause in each of the leases which prevent retailers at the Property opening another outlet centre within 150 km“<sup>135</sup>

164. Aus internen Unterlagen, die Franconia ihren Banken zur Verfügung gestellt hat, geht hervor, dass Franconia den von den Wettbewerbern ausgehenden Wettbewerbsdruck eher als gering ansieht.

„Value Retail has located its Villages near Europe's wealthiest cities and in catchments where they can attract world class brands and the highest spending visitors in Europe. These superior locations, together with the Value Retail's relationship with the Brands, provide a meaningful barrier to entry by competitors in each Village's market.“<sup>136</sup>

„Value Retail's relationships with Brands and consumers are a key element of the Collection's success“<sup>137</sup>

„The previous graphic illustrates the market area secured through the exclusivity clauses in leases signed in the two Value Retail Villages. For value retail in Germany, this is a great opportunity, because we have secured the two best locations in nearly the entire Southern German market. Our lease, with its 150km trading radius, covering [REDACTED] [70-80]% of the leases, has been confirmed recently by the Upper Administrative Court in Karlsruhe against Adidas.

This provides us with unhindered market control of the primary region that are driving the economic growth in Germany; „The isochrone map below overlays the catchments areas of the outlet centres and confirms the relative strength of the Ingolstadt and Wertheim catchments...

The ongoing re-merchandising programs at both Ingolstadt and Wertheim Villages will enable strong growth in sales and should allow each to continue to attract more visitors over time.“<sup>138</sup>

„The Villages enjoy a protected position [Fettdruck im Original] in their markets. Brands typically enter into agreements for ten years and are unlikely to have presences in competitive

135

[REDACTED]  
Verfahrensakte Bd. VI, Bl. 16.

136

Value Retail, [REDACTED] Autumn 2010, S. 6, Verfahrensakte Bd. VI Bl. 204.

137

Value Retail, [REDACTED] Autumn 2010, S. 8, Verfahrensakte Bd. VI Bl. 206.

138

Value Retail, [REDACTED] vom 07. Dezember 2010, S. 2f., Verfahrensakte Bd. VI Bl. 183f.

outlet centres because they are highly sensitive to protecting their own exclusivity."<sup>139</sup>

165. Über das Wettbewerbsverhältnis zum FOC Zweibrücken wird ausgeführt:

„Recent press releases report that the centre sees itself competing directly against Wertheim Village and, surprisingly, also against Ingolstadt Village. In analysis of our own visitors prepared by the University of Munich, Zweibrücken is considered relatively uninteresting by our primary market.“<sup>140</sup>

166. Danach geht Franconia selbst davon aus, dass das FOC Wertheim über eine unbehinderte Marktkontrolle in seinem Marktgebiet verfügt. Darüber hinaus wird diese Marktdominanz begründet mit seinen guten Beziehungen zu den Markenherstellern, des guten Standorts und der 150 km-Radiusklausel, die in [REDACTED] [70-80]% seiner Mietverträge Anwendung findet.

### 2.3 Ergebnis der wettbewerblichen Beurteilung der Marktstellung des FOC Wertheim in seinem Marktgebiet

167. Im Ergebnis kann festgestellt werden, dass Franconia mit seinem FOC Wertheim in seinem Marktgebiet über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Diese Auffassung wird im Wesentlichen auch von den vorgenannten Gutachtern geteilt und selbst in Unterlagen, die von Value Retail selbst erstellt wurden, finden sich diverse Hinweise, die diese Beurteilung stützen. Letztlich könnte die genaue Marktstellung der Franconia in ihrem Marktgebiet sogar dahingestellt bleiben, da es für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung nach § 1 GWB allenfalls auf eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung ankommt, und nicht auf das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung.

### 3. Verstoß gegen § 1 GWB

168. Das in § 25.1. des Mietvertrages geregelte Wettbewerbsverbot der Franconia verstößt gegen das Verbot des § 1 GWB. Jedenfalls ginge das in den Mietverträgen vereinbarte Wettbewerbsverbot sowohl in sachlicher, zeitlicher als auch in räumlicher Hinsicht weit über das erforderliche Maß hinaus, selbst wenn ein anerkanntes Interesse an dem Wettbewerbsverbot festgestellt werden könnte.

<sup>139</sup> Value Retail, [REDACTED] Autumn 2010, S. 9, Verfahrensakte Bd. VI Bl. 207.

<sup>140</sup> Value Retail, [REDACTED] vom 07. Dezember 2010, S. 8 Verfahrensakte Bd. VI Bl. 189.

### 3.1 Keine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

169. Eine Anwendung von Art. 101 AEUV kommt nicht in Betracht. Der zwischenstaatliche Handel wird durch die Vereinbarung (Radiusklausel) jedenfalls nicht spürbar berührt, weil das FOC Wertheim zu weit von den benachbarten Mitgliedstaaten entfernt ist, um einen relevanten grenzüberschreitenden Handel realistisch erscheinen zu lassen

### 3.2 Wettbewerbsbeschränkung

170. Bei dem Mietvertrag und dem dort geregelten Wettbewerbsverbot handelt sich um eine Vereinbarung zwischen Unternehmen.
171. Nach § 1 GWB sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen verboten, die eine Behinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken.
172. Die durch die Radiusklauseln näher definierten Wettbewerbsverbote (siehe Tz. 67), die Franconia mit ihren Mietern in den Mietverträgen vereinbart hat, stellen bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen dar, jedenfalls bewirken sie eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung.

#### 3.2.1 Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung

173. Nach ständiger Rechtsprechung stellt eine Vereinbarung zwischen Unternehmen dann eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar, wenn die Vereinbarung den Wettbewerb so hinreichend beeinträchtigt, um davon ausgehen zu können, dass die Prüfung ihrer Wirkungen nicht notwendig ist.<sup>141</sup> Insoweit ist der Auffassung von Franconia entgegen zu treten, dass nur besonders schwere und offenkundige Verstöße als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen anzusehen seien.<sup>142</sup> Diese Rechtsauffassung erscheint spätestens seit dem Urteil des EuGH in der Rechtssache „Allianz Hungaria“<sup>143</sup>, die auch nochmals durch die Entscheidung „Cartes bancaires“ ausdrücklich bestätigt wurde, als nicht mehr vertretbar.
174. Bei der Prüfung, ob eine Vereinbarung eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lässt, die als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung angesehen werden kann, ist auf den Inhalt ihrer Bestimmungen, die mit ihr verfolgten Ziele und auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Zu-

<sup>141</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 11. September 2014, Rs. C-67/13 P- Groupement des cartes bancaires -, Rz. 49.

<sup>142</sup> Schriftsatz vom 23.10.2013, S. 13, Verfahrensakte Bd. III, Bl. 483.

<sup>143</sup> EuGH, Urteil vom 14.3.2013 Rs. C-32/11, Rn 38.

sammenhang abzustellen. Ferner sind die Art der betroffenen Waren und Dienstleistungen sowie die auf dem betreffenden Markt bestehenden tatsächlichen Bedingungen und Strukturen zu berücksichtigen.<sup>144</sup>

175. Soweit Franconia wiederholt betont, dass die Wettbewerbsbeschränkung „ihrer Natur nach in sich selbst“ hinreichend gravierend sein muss<sup>145</sup> ist das in der Sache zutreffend. Ob es sich aber so verhält, ist aber gerade nicht davon abhängig ob es sich bei der zu beurteilenden Wettbewerbsbeschränkung um ein hard-core-Kartell oder eine vertikale Preisbindung handelt oder sie einem anderen besonders schwerwiegenden Typus einer Wettbewerbsbeschränkung zugeordnet werden kann, sondern ob im konkreten Einzelfall die vorgenannten Bedingungen -Inhalt der Bestimmung, das verfolgte Ziel unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs aufgrund der betroffenen Waren und den bestehenden tatsächlichen Wettbewerbsbedingungen- im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung eine hinreichende Beeinträchtigung erkennen lassen, dass die Wettbewerbsbeschränkung als bezweckt anzusehen ist.

### 3.2.1.1 Inhalt der Vereinbarung

176. Franconia vereinbart –von wenigen Ausnahmen abgesehen– mit ihren Mietern ein Wettbewerbsverbot mit einer Radiusklausel, die weit überwiegend 150 km beträgt.<sup>146</sup> Danach dürfen die Mieter der Franconia über die Laufzeit ihrer Mietverträge von in der Regel 10 Jahren in der durch den Radius bestimmten Region keinen Mietvertrag bei einem konkurrierenden FOC abschließen. Die Radiusklausel schreibt ein Verbot des Verkaufs von Waren der jeweiligen Markenartikelhersteller entsprechend der vorgenannten Bedingungen vor.
177. Durch die Vereinbarung beschränkt Franconia die wettbewerbliche Handlungsfreiheit der Mieter und untersagt ihnen damit in anderen FOC, die im Einzugsbereich ihrer Radiusklausel liegen, in Wettbewerb zu anderen Markenherstellern zu treten, die vergleichbare (FOC-)Produkte anbieten..

<sup>144</sup> vgl. auch EuGH, Urteil vom 11. September 2014, Rs. C-67/13 P, Rz. 53, vgl. auch EuGH, Urteil vom 06. Oktober 2009, Rs. – C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P, C-519/06 P –, Rn. 58, GlaxoSmithKline, s. auch: EuGH, Urt. vom 4. Juni 2009, Rs C-8/08, Rn, 29, T-Mobil Netherlands.

<sup>145</sup> Schriftsatz vom 19.12.2014, S. 8, Verfahrensakte Bd.VIII Bl. 18.

<sup>146</sup> Im Hinblick auf die Sonderregelungen mit Bezug auf die Outlet-City siehe Tz. 67.

### 3.2.1.2 Art der Dienstleistung

178. Franconia ist Anbieter von Ladenflächen in FOC. Das Wettbewerbsverbot betrifft daher einen Spezialmarkt im Bereich der Vermietung von Handelsimmobilien (im Einzelnen siehe hierzu die Ausführungen zur sachlichen Marktabgrenzung Tz. 82ff.). Neben der reinen Vermietungstätigkeit werden weitere, hiermit verbundene Dienstleistungen angeboten. Dies sind einerseits vermietungstypische Dienstleistungen aus dem Bereich des Facility-Managements, wie z.B. Reinigungs- und Bewachungsdienstleistungen, aber andererseits auch FOC-typische Nebenleistungen. Dies ist insbesondere die Bewerbung des FOC als ein einheitliches Angebot einer Vielzahl von Outlets in einem einheitlichen baulichen Komplex.
179. Auf Grund der Standortgebundenheit des FOC, bietet Franconia seinen Mietern einen räumlich beschränkten Zugang zu einem Kundenpotenzial an, das durch das maßgebliche Einzugsgebiet des jeweiligen FOC beschrieben wird (im Einzelnen siehe hierzu die Ausführungen zur räumlichen Marktabgrenzung Tz. 103ff.).

### 3.2.1.3 Wirtschaftlicher und rechtlicher Zusammenhang

180. Das Angebot von Ladenflächen in FOC stellt sowohl aus Sicht der Anbieter als auch aus Sicht der der Nachfrager ein spezifisches Angebot im Bereich der Handelsimmobilien dar.
181. Die Anbieter sind regelmäßig auf die Errichtung und das Betreiben von FOC spezialisierte Unternehmen. Hierbei sind beide Aspekte von zentraler Bedeutung. Die Standortwahl entscheidet in erheblicher Weise über die zukünftige Wirtschaftlichkeit eines geplanten FOC. Der Standort muss einerseits geeignet sein, ein erhebliches Kundenpotenzial zu erschließen –daher die Nähe zu Ballungszentren und touristischen Anziehungspunkten und guter Erreichbarkeit (Autobahnanbindung)– und andererseits so weit entfernt von Städten liegen, dass deren Handelsstrukturen nicht negativ von einem FOC beeinträchtigt werden. Da die Identifizierung von kaufkraftstarken Einzugsgebieten kein entscheidendes Problem darstellt, konzentriert sich das Problem auf das Auffinden eines geeigneten Standortes im Einzugsgebiet eines Ballungszentrums. Dieses stellt sich wiederum nicht nur als ein wirtschaftliches, sondern –durch die Notwendigkeit einer Zulassung in einem Planfeststellungsverfahren– als ein erhebliches rechtliches Problem dar. Insoweit zeigt die Praxis, dass die Errichtung eines neuen FOC jahrelanger Vorberei-



tungen bedarf, kaum ohne langwierige Rechtsstreitigkeiten zu erreichen ist und in einer Vielzahl von Fällen eine Genehmigung im Ergebnis scheitert.

182. Bei einem gegebenen Standort entscheidet in erster Linie die Auswahl der Mieter über den wirtschaftlichen Erfolg eines FOC. Dies liegt daran, dass die zu erzielende Miete –und dies gilt gleichermaßen für den festen wie den variablen Teil der Miete– von der Attraktivität des FOC abhängig ist. Ein Mieter ist bereit eine höhere Festmiete zu zahlen, wenn er Zugang zu einem großen Kaufkraftpotenzial erhält und er muss eine höhere variable Miete bezahlen, wenn er einen höheren Umsatz erzielt. Insoweit hat der Vermieter eines FOC ein erhebliches Interesse die Attraktivität seines FOC zu steigern. Wichtigster Faktor für die Attraktivität eines FOC ist der Mieter-Mix, bzw. die Marken, die die Mieter anbieten, wobei eine gute Mieterstruktur ihrerseits wieder die Möglichkeit verbessert, weitere hochwertige Mieter zu akquirieren und damit höhere Mieteinnahmen zu erzielen.
183. Auch die Nachfrager nach Ladenflächen in FOC unterscheiden sich von den Nachfragern anderer Handelsimmobilien, als sie die Hersteller der Produkte sind, die sie in FOC verkaufen. Die Hersteller verkaufen hier auch nicht ihre reguläre Ware, sondern Produkte aus der Vorsaison, ihrer Überproduktion und ähnliche Sonderware. Zum einen sind sie aufgrund der spezifischen rechtlichen Rahmenbedingungen des FOC-Verkaufs hierauf beschränkt, zum anderen haben sie aber auch kein wirtschaftliches Interesse, mit ihrer regulären Ware, die sie regelmäßig über den Handel absetzen, in Wettbewerb zu treten. Da die Hersteller aufgrund geänderter Vertragsbeziehungen zu ihren Händlern und kurzer Produktzyklen im verstärkten Maße Retouren erhalten, besteht derzeit in Deutschland eine erhebliche Nachfrage nach Verkaufsmöglichkeiten in FOC.
184. Der Markt für das Vermieten von Ladenflächen in FOC wird also in rechtlicher Hinsicht im wesentlichen geprägt durch langwierige und risikoreiche Genehmigungsverfahren und wirtschaftlich durch eine dauerhafte Bindung an einen Standort, dessen Attraktivität im Wesentlichen durch eine kundenorientierte (Mieter/-)Markenpolitik beeinflusst werden kann.

#### **3.2.1.4 Wettbewerbsbedingungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt**

185. Das Wettbewerbsverbot in den Mietverträgen der Franconia betrifft den sachlichen relevanten Markt für die Vermietung von Ladenflächen in FOC

(im Einzelnen siehe Tz. 82ff.) und in räumlicher Hinsicht das Einzugsgebiet um den Standort Wertheim mit einer Fahrzeit-Isochrone von 90 Minuten (im Einzelnen siehe Tz. 103ff.).

186. Auf dem betroffenen Markt verfügt Franconia über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von § 18 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 GWB (im Einzelnen siehe hierzu Tz. 146ff.). Die Wettbewerbsbedingungen zeichnen sich insbesondere durch den Umstand aus, dass erhebliche rechtliche und tatsächliche Marktzutrittsschranken auf dem räumlich relevanten Markt bestehen und der verbleibende Restwettbewerb sich auf räumlichen Randwettbewerb durch z. T. sehr weit entfernte FOC beschränkt.

### 3.2.1.5 Ziel der Vereinbarung

187. Franconia zielt mit der Vereinbarung eines Wettbewerbsverbotes für ihre Mieter darauf ab, sich mittelbar vor Wettbewerb anderer Anbieter von FOC Ladenflächen zu schützen, um damit den wirtschaftlichen Erfolg des FOC Wertheim nachhaltig zu gewährleisten.
188. Dieser Grundsachverhalt erscheint zunächst unstrittig.<sup>147</sup> Franconia trägt jedoch vor, dass diese Maßnahme –also das vertraglich vereinbarte Wettbewerbsverbot– nicht geeignet sei, um eine Wettbewerbsbeschränkung zu bezwecken oder zu bewirken (1). Darüber hinaus sei das Wettbewerbsverbot unverzichtbar für seine Tätigkeit (2) und liege auch im Interesse ihrer Mieter und deren Kunden (3).<sup>148</sup> Jedenfalls sei das Wettbewerbsverbot verhältnismäßig, um seine getätigten Investitionen zu schützen (4).

#### (1) Geeignetheit der Wettbewerbsbeschränkung

189. Das von Franconia mit seinen Mietern vereinbarte Wettbewerbsverbot ist offensichtlich geeignet, die Handlungsfreiheit der Markenhersteller und damit auch den Wettbewerb gegenüber den aktuellen und potenziellen Wettbewerbern zu beschränken.

<sup>147</sup> Schriftsatz an das Landgericht Mannheim vom 31.07.2013, S. 20, Anlagenbd.III 1. Halbbd. Bl. 72 d.A., Schriftsatz vom 23.10.2013, S. 35 Verfahrensakte Bd. III, Bl. 505., Schriftsatz vom 8. April 2014, S. 2, Verfahrensakte Bd V. Bl. 4 d.A.

<sup>148</sup> im Einzelnen siehe Schriftsatz an das Landgericht Mannheim vom 31.07.2013, S. 20ff., 35f, 49ff. 17 Schriftsatz vom 8. April 2014, S. 14, Verfahrensakte Bd.V Bl. 16 d.A.

190. Soweit Franconia dies mit Hinweis bestreitet, dass mindestens 554<sup>149</sup> bzw. mehr als 700 Marken in Deutschland<sup>150</sup> und europaweit sogar etwa 5.000<sup>151</sup> Marken verfügbar seien und damit andere FOC eine große Auswahl von Markenanbietern verblieben, ist dem entgegenzutreten.
191. Zutreffend ist zunächst, dass es eine Vielzahl von Marken gibt, angefangen von Luxusmarken bis hin zu Marken für no-name-Produkte von Handelskonzernen. Insoweit gibt es eigentlich kaum ein Produkt, das nicht unter (irgend)einer Marke verkauft wird. Entscheidend für die Wertigkeit bzw. Ansehen eines Produktes aus Kundensicht ist aber nicht das Vorhandensein einer Marke an sich, sondern einer Marke, mit der eine spezifische Wertigkeit oder ein bestimmtes Ansehen verbunden wird. Dies gilt insbesondere für die in FOC im Wesentlichen angebotenen Produktgruppen wie Bekleidung und Sportartikel.
192. Die Marken haben insbesondere für die Anziehungskraft eines FOC eine ganz zentrale Bedeutung. Denn sie sind –neben der allgemeinen Werbung für das FOC- im Grundsatz der einzige wichtige Wettbewerbsparameter, mit dem sich ein FOC von anderen FOC im Wettbewerb abgrenzen kann. Zwar sind der Standort und ggfs. auch die Architektur wichtige Wettbewerbsparameter, doch können diese nach der ersten Investitionsentscheidung nicht mehr wesentlich verändert werden. Auch der Preiswettbewerb –auf die der FOC-Betreiber ohnehin keinen unmittelbaren Einfluss hat- spielt eher eine untergeordnete Rolle, weil alle FOC –typbedingt- gleichermaßen hohe Rabatte auf den Normalpreis in Aussicht stellen. Insbesondere können einzelne Produkte nicht gezielt beworben werden, da in FOC keine umfassenden Sortimente angeboten werden und sich insoweit der Kunde spontan für ein Angebot entscheiden muss. Der wichtigste Wettbewerbsparameter für ein FOC ist daher die Wertigkeit, die Attraktivität und die Vielzahl der angebotenen Marken, die man in einem FOC zu ermäßigten Preisen erwerben kann.

<sup>149</sup> Schriftsatz an das Landgericht Mannheim vom 31.07.2013, S. 17, Anlagenbd. III 1. Halbbd Bl. 69.

<sup>150</sup> Schriftsatz vom 23.10.2013, S. 6 Verfahrensakte Bd. III, Bl. 476.

<sup>151</sup> Schriftsatz vom 8. April 2014, S. 14, Verfahrensakte Bd. V Bl. 16 d.A.

193. Insoweit stellen auch Gutachten, die sich mit dem Wettbewerb der FOC beschäftigen, die Bedeutung der Marken und des Markenmixes für den wirtschaftlichen Erfolg heraus.<sup>152</sup>
194. Auch aus den internen Unterlagen von Value Retail geht hervor, dass das Unternehmen den Marken in ihren FOC eine bedeutende Rolle beimisst. Dies wird schon durch ihr Remerchandising-Programm, d.h. dem regelmäßigen Austausch von umsatzschwachen Marken, verdeutlicht.<sup>153</sup>
195. Für die möglichst kurzfristige Optimierung des Markensortiments hat sich Franconia nämlich in ihren Mietverträgen ein vorzeitiges und einseitiges Kündigungsrecht gegenüber ihren Mietern ausbedungen (siehe Tz. 72). Franconia kann damit auf die schwankende Attraktivität einzelner Marken zeitnah reagieren, ohne an die ansonsten langfristigen Mietzeiten gebunden zu sein.
196. Franconia betreibt daher ein ausgeprägtes Monitoring für jeden seiner Mieter, um festzustellen, ob der einzelne Mieter das angestrebte oder im Vergleich zu den übrigen Mietern angemessene Umsatzpotenzial erreicht. Wenn ihre aktuellen Mieter nicht die angestrebten Ziele erreichen, werden diese durch stärkere Marken ersetzt („re-merchandising“). Dass diese Anpassung der Marken eine erhebliche Bedeutung für Franconia hat, geht auch daraus hervor, dass das Unternehmen diesen Umstand auch gegenüber ihren Investoren hervor gehoben hat (siehe Tz. 164).
197. Aus dem Vorgenannten geht damit hervor, dass die Auswahl von Marken/Mieter für ein FOC einer der wichtigsten Wettbewerbsparameter und damit von zentraler wirtschaftlicher Bedeutung ist. Damit ist auch belegt, dass die Sperrung einzelner, zumindest jedoch einer Gruppe wichtiger Marken für ein anderes FOC durch ein Wettbewerbsverbot grundsätzlich geeignet ist, den

<sup>152</sup> Buchsteiner u.a., Shopping-Center & Factory-Outlet-Center (FOC), Der Immobilienbewerter, 2/2010, S. 3ff. Branchen-und Mieter-Mix-Das Zünglein an der Waage, S.12, Anlagenband III, 1. Halbband, Bl. 168f., ICSC, European Outlet Conference, 13-14th June 2013, Anlagenband III, 1. Halbband, Bl. 350ff., 357; Neinver, Die Kunst, einen abgestimmten Branchenmix in unterschiedlichen Ländern zu kreieren, November 2014 Anlage 2 zum Schreiben vom 19. Dezember 2014, Verfahrensakte Bd. VIII, Bl.141ff.

<sup>153</sup> Value Retail, [REDACTED] 2013, S.4, 59ff., 66ff., Verfahrensakte Bd. VI, Bl. 154ff., 161ff.; Value Retail, 2015 [REDACTED] S.21-31 Verfahrensakte Bd. VI, Bl. 169-181. Auch für andere FOC-Betreiber hat die ständige Analyse der Performance der Mieter eine erhebliche Bedeutung siehe, Neinver, Die Kunst, einen abgestimmten Branchenmix in unterschiedlichen Ländern zu kreieren, November 2014 Anlage 2 zum Schreiben vom 19. Dezember 2014, Verfahrensakte Bd. VIII, Bl.141ff.

Wettbewerb zwischen den FOC zu beschränken. Das negative wettbewerbliche Gewicht einer solchen Sperrung steigt mit der Anzahl und der Bedeutung der gesperrten Marken sowie der Dauer der Sperrung. Vor dem Hintergrund, dass im FOC Wertheim Mietverträge mit mehr als 100 Mietern bestehen, die im Regelfall über eine Laufzeit von 10 Jahren dem Wettbewerbsverbot unterliegen, und dass in Deutschland nur ca. 260 verschiedene Markenhersteller in den 10 untersuchten FOC beheimatet sind<sup>154</sup>, wird die Eignung zu einer Wettbewerbsbeschränkung deutlich.

**(2) Keine Unverzichtbarkeit des Wettbewerbsverbotes  
(fehlende objektive Rechtfertigung)**

198. Die vorliegende in einem Mietvertrag vereinbarte Radiusklausel ist (formal<sup>155</sup>) eine vertikale Wettbewerbsbeschränkung, die die wettbewerbliche Handlungsfreiheit der im FOC Wertheim ansässigen Mieter im Verhältnis zu Dritten beschränkt, indem sie den Mietern verbietet, innerhalb eines Radius von 150 km um das FOC Wertheim Ladenflächen in einem weiteren FOC anzumieten. Diese Wettbewerbsbeschränkung ist zur Durchführung des Mietvertrages nicht unverzichtbar. Es bestehen auch keine objektiven Rechtfertigungsgründe für das vereinbarte Wettbewerbsverbot.
199. Soweit Franconia das Wettbewerbsverbot für die Erreichung des Vertragszwecks als erforderlich ansieht, wird dies im Wesentlichen mit wirtschaftlichen Überlegungen begründet.<sup>156</sup> Dies sind die Verhinderung von Kanibalisierungsrissen durch eine konkurrierende Tätigkeit der eigenen Mieter, die negative Auswirkungen sowohl auf die Mieter selbst wie auf den Umsatz des FOC hätten und damit die Wirtschaftlichkeit ihrer langfristigen und mieterspezifischen Investitionen gefährdeten.<sup>157</sup> Darüber hinaus sei das Wettbewerbsverbot erforderlich, um eine ausreichende Warenverfügbarkeit

<sup>154</sup> Siehe Tabelle Mieterhäufigkeit, Bd. V Bl. 387.

<sup>155</sup> Inhaltlich stellt er einen reinen Austauschvertrag dar, weil die Mieter nicht die Leistung von Franconia (die Zurverfügungstellung einer Mietfläche) weitervertreiben, sondern ihre eigene Ware.

<sup>156</sup> Schriftsatz an das Landgericht Mannheim vom 31.07.2013, S. 49 Anlagenbd. III 1. Halbbd. Bl. 101.; Schriftsatz vom 23.10.2013, S. 10, 35 Verfahrensakte Bd. III, Bl. 480, 505; Schriftsatz vom 8. April 2014, S. 2, Verfahrensakte Bd. V Bl. 4 d.A.

<sup>157</sup> Schriftsatz an das Landgericht Mannheim vom 31.07.2013, S. 21, 50f. Anlagenbd. III 1. Halbbd. Bl. 73, 102f.; Schriftsatz vom 23.10.2013, S. 9, 20ff., Verfahrensakte Bd. III, Bl. 479, 490ff; Schriftsatz vom 8. April 2014, S. 2, 18ff. Verfahrensakte Bd. V Bl. 4, 20ff.d.A.

sowie die Wertigkeit und Attraktivität des FOC Wertheim sicherzustellen.<sup>158</sup> Im Übrigen sei das Wettbewerbsverbot auch notwendig, um für die Kunden ein unübersichtliches Angebot zu vermeiden und planungsrechtliche Vorgaben zu beachten.<sup>159</sup> In seiner Stellungnahme zu der 2. Abmahnung der Beschlussabteilung hat das Unternehmen diesen Vortrag insoweit vertieft, als es vorgetragen hat, dass hiermit auch einer Trittbrettfahrer- sowie einer hold-up-Problematik entgegen gewirkt werden sollte.

200. Dem Vortrag von Franconia kann nicht gefolgt werden, da er sowohl den Maßstab verkennt, an dem die Unverzichtbarkeit einer vertraglich vereinbarten Wettbewerbsbeschränkung zu messen ist als auch die vorgetragenen Gründe für die Unverzichtbarkeit des Wettbewerbsverbotes nicht tragen.

### **(2.1) Maßstab zur Beurteilung der Unverzichtbarkeit**

201. Seit Inkrafttreten der 7. GWB Novelle im Jahre 2005 sind auch wettbewerbsbeschränkende Abreden in Austauschverträgen stets an den §§ 1 und 2 GWB zu messen.<sup>160</sup>
202. Der BGH hatte in früheren Entscheidungen Wettbewerbsbeschränkungen in Austauschverträgen schon dann als mit § 1 GWB vereinbar angesehen, wenn für die Beschränkung bei wertender Betrachtungsweise im Hinblick auf die Freiheit des Wettbewerbs ein anzuerkennendes Interesse bestand<sup>161</sup>. In der Entscheidung vom 10.12.2008<sup>162</sup> weist der BGH allerdings darauf hin, dass auf diese Rechtsprechung nach der 7. GWB-Novelle nicht mehr zurückgegriffen werden kann. Sie habe auf der Unterscheidung zwischen stets verbotenen horizontalen Absprachen einerseits und nur einer Missbrauchsaufsicht unterworfenen vertikalen Verträgen andererseits beruht und habe der Einordnung von Absprachen gedient, die –obwohl Teil eines Austauschvertrages– auf eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung zwischen Wett-

<sup>158</sup> Schriftsatz an das Landgericht Mannheim vom 31.07.2013, S. 20, 22 Anlagenbd.III 1. Halbbd Bl. 72, 74.; Schriftsatz vom 23.10.2013, S. 23 Verfahrensakte Bd. III, Bl. 493.

<sup>159</sup> Schriftsatz an das Landgericht Mannheim vom 31.07.2013, S. 35, 51 Anlagenbd.III 1. Halbbd Bl.87, 103; Schriftsatz vom 23.10.2013, S. 25 Verfahrensakte Bd. III, Bl. 495.

<sup>160</sup> Zur früheren Rechtslage siehe Bechtold, GWB, 6 Auflage 2010, § 1 Rz. 52 ff.

<sup>161</sup> BGH, Urf. V. 14.1.1997 – KZR 35/95, WuW/E BGH 3121, 3125 – Bedside-Testkarten; Urf. V. 14.1.1997 – KZR 41/95, WuW/E BGH 3115, 3118 – Druckgussteile; Urf. V. 6.5.1997 – KZR 43/95, WuW/E BGH 3137, 3138 – Solelieferung.

<sup>162</sup> BGH, Urf. Vom 10.12.2008 – KZR 54/08, NJW 2009, 1751 f Subunternehmervertrag II.

bewerbern hinausliefen. Nach der Gleichstellung vertikaler und horizontaler Vereinbarungen in § 1 GWB n. F. bei gleichzeitiger Einführung der Legalausnahme vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen sei nunmehr einer Auslegung die Grundlage entzogen, die für die –in bestimmten Fällen nach wie vor erforderliche– restriktive Auslegung des GWB schon ein anzuerkennendes Interesse statt einer durch den Vertragszweck gebotenen Notwendigkeit ausreichen lässt. Dementsprechend gehe die Regierungsbeurteilung zur 7. GWB-Novelle davon aus, dass mit der Neufassung des § 1 GWB vertikale Wettbewerbsbeschränkungen auch dann grundsätzlich vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen erfasst sein können, wenn für sie ein anzuerkennendes Interesse besteht.

203. Nach der neuen Rechtsprechung des BGH sind Wettbewerbsbeschränkungen in Austauschverträgen also grundsätzlich von dem Verbot des § 1 GWB erfasst, wenn nicht ausnahmsweise das zwischen den Parteien vereinbarte Wettbewerbsverbot gegenständlich, räumlich und zeitlich für die Erreichung des Hauptzwecks des Vertrags erforderlich sein sollte. Die wettbewerbsbeschränkende Klausel muss für den Vertrag mit einem kartellrechtlich unbedenklichen Hauptgegenstand in dem Sinne funktionsnotwendig sein, dass die Durchführung des Vertrages erst durch die Wettbewerbsbeschränkung möglich wird.
204. Soweit Franconia in der Verfügungserwiderung vom 17. Mai 2013 im einstweiligen Verfahren vor dem Landgericht Mannheim vorgetragen hat, dass das OLG Karlsruhe in seiner Entscheidung vom 27. Januar 2010 die Radiusklausel als zulässig angesehen hat,<sup>163</sup> so ist das in der Sache zunächst nur mit der Einschränkung zutreffend, als dass es hierbei um eine Radiusklausel mit einer Entfernung von lediglich 100 km ging.
205. Das OLG Karlsruhe bestätigte eine Entscheidung des LG Mosbach aus dem Jahre 2009, wonach einer Mieterin von Franconia unter Bezugnahme auf ein entsprechendes mietvertragliches Wettbewerbsverbot untersagt wurde, für den Vertrieb der zwei vom Wettbewerbsverbot erfassten Marken eine weitere Geschäftseinheit in einem anderen FOC in einem Luftradius von 100 km um das FOC von Franconia in Wertheim zu betreiben.<sup>164</sup>

<sup>163</sup> Verfügungserwiderung vom 17. Mai 2013 im einstweiligen Verfahren vor dem Landgericht Mannheim, S. 6 und 25, Anlagenband I, Bl. 6 und 25.

<sup>164</sup> OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.01.2010, Az. 6 U 191/09.

206. Nach Ansicht des OLG Karlsruhe könnten Wettbewerbsverbote zwar nach § 138 BGB sittenwidrig und daher nichtig sein, wenn sie durch die schutzwürdigen Interessen des Berechtigten nicht gefordert werden und sich nach ihrem örtlichen, zeitlichen und gegenständlichen Umfang nicht im Rahmen des Angemessenen halten (st. Rspr. vgl. BGHZ 91, 6; BGH NJW 1986, 2944; 2005, 3061).
207. Das Wettbewerbsverbot von Franconia halte sich aber innerhalb angemessener Grenzen und werde durch ihre schutzwürdigen Interessen gerechtfertigt. Da sie ihren Kunden ein attraktives Einkaufsziel und ihren Mietern eine Vielzahl potentieller Kunden anbieten wolle, benötige sie einen erheblichen Einzugsbereich, den sie nur sichern könne, wenn ihre Mieter der eigenen Verkaufsstelle gleicher Art nicht innerhalb des substantiellen Einzugsbereichs Konkurrenz machen. Dies beruhe auf dem Umstand, dass es sich um einen Kauf beim Hersteller handele, also um ein Angebot auf einer gesonderten Vertriebsschiene. Dieses Angebot sei nicht nur in ihrem eigenen Interesse, sondern auch im Interesse der anderen Mieter, die von der Anlockwirkung jeder anderen Verkaufsstelle eines Herstellers innerhalb des Centers ebenfalls profitieren. Hinzu komme, dass Franconia am Umsatz ihrer Mieter beteiligt sei und bereits deshalb ein Interesse an dem Wettbewerbsverbot habe.<sup>165</sup>
208. Der Radius von 100 km Luftlinie gehe nicht über das Einzugsgebiet des Wertheim Village hinaus. Vielmehr sei durch das Gutachten des Lehrstuhls für Wirtschaftsgeographie und Tourismusforschung der Ludwig-Maximilians-Universität vom Juni 2009 belegt, dass relevante Anteile der Umsatzherkunft aus den Oberzentren Frankfurt, München und Nürnberg stammen. Bis zu 33% der erfassten Besucher seien außerhalb einer Zone von 90 Fahrminuten angereist.<sup>166</sup>
209. Der vorstehenden Rechtsauffassung des OLG Karlsruhe kann nicht gefolgt werden, da sie sowohl auf einer falschen empirischen Faktenlage als auch auf einer inzwischen geänderten Rechtsprechung des BGH beruht.<sup>167</sup>

<sup>165</sup> OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.01.2010, Az. 6 U 191/09, Umdruck S. 19 f.

<sup>166</sup> OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.01.2010, Az. 6 U 191/09, Umdruck S. 20 f.

<sup>167</sup> Die Beschlussabteilung ist angesichts der auf die damaligen Streitparteien beschränkten materiellen Rechtskraft des Urteils weder betreffend den darin behandelten Streitgegenstand und schon gar nicht hinsichtlich der abzulehnenden Rechtsauffassung gebunden.



210. Das OLG Karlsruhe war also bei der Würdigung der mietvertraglichen Radiusklausel im Rahmen von § 138 BGB von nicht mehr gültigen Maßstäben für die Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen in Austauschverträgen ausgegangen und erkannte nicht deren Tatbestandsmäßigkeit nach § 1 GWB. Das OLG Karlsruhe setzte sich deshalb auch nicht mit den kartellrechtlichen Freistellungsvoraussetzungen nach § 2 GWB auseinander, was indes notwendig gewesen wäre.

### **(2.2) Keine Unverzichtbarkeit / keine objektive Rechtfertigung**

211. Die Radiusklausel der von Franconia mit ihrem 150 km Radius ist nach den Maßstäben des Bundesgerichtshofes zur Durchführung der Mietverträge für die Durchführung der Mietverträge sachlich, räumlich und zeitlich nicht funktionsnotwendig.
212. Zunächst ist festzuhalten, dass es für die Beurteilung, ob ein Wettbewerbsverbot funktionsnotwendig für die Durchführung eines Vertrages ist, nicht auf die subjektive Einschätzung der beteiligten Vertragspartner ankommt. Vielmehr ist die Funktionsnotwendigkeit nach objektiven Maßstäben zu beurteilen.<sup>168</sup>
213. Soweit Franconia vorträgt, dass das Wettbewerbsverbot notwendig sei, um für die Kunden ein unübersichtliches Angebot zu vermeiden und um planungsrechtliche Vorgaben zu beachten,<sup>169</sup> ist dies erkennbar unplausibel. Zum einen sind die planungsrechtlichen Vorgaben unabhängig vom vereinbarten Wettbewerbsverbot einzuhalten und zum anderen ist nicht einmal erkennbar, dass das Wettbewerbsverbot auch nur die Einhaltung planungsrechtlicher Vorgaben unterstützen könnte. Richtig ist vielmehr, dass Radiusklauseln von FOC im Planungsrecht keine Rolle spielen. Was die Behauptung betrifft, dass das Wettbewerbsverbot die Kunden vor einem unübersichtlichen Angebot schütze, ist dieses Argument erkennbar unsubstantiiert.
214. Soweit Franconia glaubt, durch das Wettbewerbsverbot die wirtschaftlichen Interessen seiner Mieter schützen zu müssen,<sup>170</sup> ist zunächst darauf hinzuweisen, dass es nicht ausreichend ist, dass das Wettbewerbsverbot (auch)

<sup>168</sup> EuGH, Rs. C-209/07 Irish Beef, Rdnr. 21, EuGH, Rs. C-8/08 T-Mobil Netherlands Rdnr. 27 Nachweise in KRZ 54/08, Rn. 17 zum EU-Recht, siehe auch Rn. 29ff., und 18.2. (für Markenwettbewerb der Mieter) KOM-LL 101 (3) AEUV mit Nachweisen.

<sup>169</sup> Schriftsatz an das Landgericht Mannheim vom 31.07.2013, S. 35, 51 Anlagenbd. III 1. Halbbd. Bl. 87, 103.; Schriftsatz vom 23.10.2013, S. 25 Verfahrensakte Bd. III, Bl. 495.

<sup>170</sup> Siehe hierzu Fn 132.

im Interesse der Mieter liegt oder liegen könnte, sondern, dass deren Interesse an dem Wettbewerbsverbot so bedeutsam ist, dass sie –bei objektiver Würdigung– einen Mietvertrag ohne dieses Wettbewerbsverbot nicht abschließen würden; also das Wettbewerbsverbot funktionsnotwendig für den Mietvertrag wäre. Diese Annahme erscheint jedoch fernliegend.

215. Für den einzelnen Mieter kann dies zunächst ausgeschlossen werden. Denn es handelt sich bei den Mietern um Markenhersteller, die in der Lage sind, ihre individuelle Entscheidung über die Anmietung einer Ladenfläche und deren wirtschaftliche Auswirkung auf ihr Unternehmen –insbesondere im Hinblick auf einen möglichen Kanibalisierungseffekt– selbständig beurteilen zu können. Sie müssen durch den Mietvertrag nicht vor sich selbst geschützt werden.
216. Die Frage nach der Funktionsnotwendigkeit des Wettbewerbsverbotes aus der Sicht der Mieter beschränkt sich damit auf die Frage, ob ein Mieter deshalb keinen Mietvertrag abschließen würde, weil die anderen Mieter keinem Wettbewerbsverbot unterliegen und der Mieter damit potenziell befürchten müsste, dass die Anziehungskraft des FOC insgesamt und damit auch sein eigener Umsatz gefährdet werden könnte.
217. Nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung bei den Markenherstellern, die in deutschen FOC Ladenflächen angemietet haben, kann diese Annahme jedoch nicht bestätigt werden. So sind 58% der Mieter der Auffassung, dass Radiusklauseln im ausschließlichen Interesse des Vermieters liegen und ca. 33%, dass sie im Interesse von Vermieter und Mieter liegen. Zu einer weiteren Frage sind etwa 45% der Mieter der Auffassung, dass Radiusklauseln unter keinen Umständen gerechtfertigt sind und nur 9% sind der Meinung, dass Radiusklauseln mit einer Entfernung von bis zu 150 km gerechtfertigt sein können. Unabhängig von der Interessenlage und der wirtschaftlichen Berechtigung von Radiusklauseln aus der Sicht der Mieter halten jedoch 94% der Markenhersteller eine Radiusklausel für die Wirtschaftlichkeit eines FOC nicht für zwingend erforderlich.<sup>171</sup> Damit wird jedenfalls aus Sicht der Mieter ein solches Wettbewerbsverbot auch für die anderen Mieter als nicht funktionsnotwendig für den Abschluss eines Mietvertrages angesehen.

<sup>171</sup> Im Einzelnen siehe Auswertung der Antworten der Markenartikelhersteller zu den Fragen 7, 8, 9 und 10, Bd. V Bl. 343, 347ff. d.A.

218. Dies ergibt sich letztlich auch aus der mietvertraglichen Regelung zum Wettbewerbsverbot selbst. Denn wenn für den einzelnen Mieter das Wettbewerbsverbot für die anderen Mieter funktionsnotwendig wäre, um selbst einen Mietvertrag in einem FOC abzuschließen, würde dies einen entsprechenden Niederschlag im Mietvertrag gefunden haben. Der Mietvertrag der Franconia enthält aber keine Verpflichtung des Vermieters, allen Mietern ein Wettbewerbsverbot aufzuerlegen. Die einzelnen Mieter wissen nicht einmal, wer von den anderen Mietern einem Wettbewerbsverbot unterliegt und welche räumliche Reichweite es hat. Dies bedeutet, dass der einzelne Mieter nicht beurteilen kann, ob und ggfs. in welchem Umfang er –bzw. das FOC– vor dem Wettbewerb eines Mit-Mieters geschützt ist oder nicht. Auch daher kann das von Franconia mit ihren Mietern individuell vereinbarte Wettbewerbsverbot aus Sicht der Mieter nicht funktionsnotwendig zum Abschluss eines Mietvertrages sein.
219. Soweit Franconia vorträgt, dass der Wettbewerb um Markenanbieter auch eine „Festlegung vertraglicher Garantien“ erfordere, die das Risiko bezüglich des Kundenaufkommens für den Markenanbieter minderten, so kann nur wiederholt werden, dass diese vertragliche Garantien gerade nicht von Franconia gewährt werden. Franconia selbst schreibt, dass ein FOC-Betreiber nur sicherstellen müsse, dass ein Mieter „sich einigermaßen sicher sein kann“, nicht durch opportunistisches Verhalten anderer Mieter geschädigt zu werden.<sup>172</sup> Dies stellt gerade keine Garantie für einen Mieter dar und die Fakten belegen auch, dass die (wenigen) generellen Ausnahmen von der 150 km-Radiusklausel mit individuellen Sonderregelungen sich z.B. im Hinblick auf das einzige FOC, das derzeit überhaupt im 150 km Radius des FOC Wertheim liegt (das Outlet-City Metzingen), inzwischen ■■■ [20-30]% der Markenhersteller des FOC Wertheim betrifft.
220. Die Radiusklausel des FOC Wertheim ist auch nicht geeignet, ein sog. Hold-up-Problem zu lösen. Hierunter versteht Franconia das Problem, das potenzielle Mieter deshalb von dem Abschluss eines Mietvertrages -vorläufig- Abstand nehmen lassen könnten, weil sie darauf hoffen könnten, dass spätere Mieter bessere Konditionen (z.B. ohne Radiusklauseln) erlangen könnten, wenn das FOC eine Mindestmieterzahl erreicht hat. Daher seien

---

<sup>172</sup>

Schriftsatz vom 19.12.2014, S. 14f., Verfahrensakte Bd.VIII Bl.24f.

diese Konditionen allen Mietern aufzuerlegen.<sup>173</sup> Der vorbeschriebene Sachverhalt kann grundsätzlich auftreten. Jedoch nur in der Eröffnungsphase eines FOC und nicht mehr nach mehr als 10 Jahren, wenn das FOC voll vermietet ist, und das Objekt zu einem der besten in Europa zählt. Das FOC Wertheim hat kein Problem Mieter zu finden, sondern das Remerchandising-Programm belegt, dass das FOC Wertheim im Gegenteil in der Lage ist, seinen Mieter-Mix nach eigenen Vorstellungen fortlaufend zu verbessern. In einer solchen Situation gibt es kein hold-up-Problem und deshalb auch keine Notwendigkeit für eine Radiusklausel, die gegenüber jedermann angewendet werden müsste und –wie dargelegt– auch tatsächlich nicht lückenlos praktiziert wird.

221. Auch das von Franconia behauptete Trittbrettfahrer-Problem<sup>174</sup> existiert nicht und kann deshalb auch nicht zur Rechtfertigung der Radiusklauseln herangezogen werden. Zunächst ist nicht nachvollziehbar, wieso Mieter von Investitionen profitieren könnten, die andere Mieter in ihren Läden im FOC Wertheim vornehmen. Genauso wenig ist nachvollziehbar, wie Mieter, die gleichzeitig Mieter in einem anderen FOC sind, von Werbemaßnahmen für das FOC Wertheim profitieren sollten. Denn es ist kaum zu erwarten, dass ein potenzieller Kunde, der von einer Werbung des FOC Wertheim angesprochen wird, dies zum Anlass nimmt, gerade in das Zweit-Geschäft dieses Mieters zu fahren, das in einem anderen FOC liegt. Völlig unverständlich erscheint darüber hinaus der Vortrag, dass Markenhersteller „ihre eigenen Werbe- und Vertriebsaktivitäten für das konkrete Endkundeneinzugsgebiet des Wertheim Village“ auf dieses konzentrieren sollten. Zunächst stellt sich hier die Frage, wieso der werbende Markenhersteller ein Trittbrettfahrer seiner eigen-finanzierten Werbung sein sollte. Im Gegenteil, hier wird allenfalls das FOC der Trittbrettfahrer der Werbung des Markenherstellers. Dies stellt wahrscheinlich ohnehin in zutreffender Weise das grundsätzliche Verhältnis von Markenhersteller zum FOC zutreffender dar. Denn ein FOC profitiert von der vorhandenen Markengeltung seiner Mieter und wird allenfalls nach vielen Jahren eine eigene Marke aufgebaut haben. Ob die Marke des FOC Wertheim „Chic Outlet Shopping“<sup>175</sup> bereits die seiner Mieter überstrahlt, kann dahingestellt bleiben. Ein Trittbrettfahrer-Problem besteht

173

Schriftsatz vom 19.12.2014, S. 15., Verfahrensakte Bd.VIII Bl.25.

174

Schriftsatz vom 19.12.2014, S. 16., Verfahrensakte Bd.VIII Bl.26.

175

[REDACTED] 2013 [REDACTED], Verfahrensakte Band VI, Bl. 91ff.

jedenfalls nicht und kann daher auch nicht durch eine Radiusklausel beseitigt werden.

222. Soweit Franconia das Wettbewerbsverbot für die Erreichung des Vertragszwecks als erforderlich erachtet, wird dies im Wesentlichen mit wirtschaftlichen Überlegungen begründet (siehe hierzu im Einzelnen Tz. 199), Diese Interessen von Franconia sind zunächst nachvollziehbar. Im Rahmen der hier vorzunehmenden Prüfung kommt es aber weder darauf an, festzustellen, ob diese Interessen bestehen und aner kennenswert sind oder mit Interessen Dritter kollidieren, sondern einzig um die Frage, ob das vereinbarte Wettbewerbsverbot –und zwar objektiv– funktionsnotwendig für den Abschluss von Mietverträgen mit Mietern des FOC Wertheim ist. Dies kann Franconia nicht belegen; im Gegenteil kann festgestellt werden, dass Franconia hinreichende Mittel zur Verfügung stehen, ihre wirtschaftliche Interessen auch mit wettbewerbskonformen Mitteln zu erreichen, und dass das konkrete Wettbewerbsverbot erkennbar zur Erreichung dieser Zwecke überschießend und objektiv nicht funktionsnotwendig ist.
223. Das von Franconia vereinbarte Wettbewerbsverbot ist schon alleine deshalb nicht funktionsnotwendig, weil Franconia es selbst in der Hand hat, durch ihre Vertragsgestaltung gegenüber den Mietern die Wirtschaftlichkeit des FOC Wertheim sicherzustellen. Hierzu zählen die Höhe der Miete, das Verhältnis aus fixem und umsatzbezogenem Mietanteil, die Laufzeit des Mietvertrages sowie die Kündigungsmöglichkeiten. Im Grundsatz nutzt Franconia auch diese Instrumente. Zum Einen hat sie mit ihren Mietern langfristige Mietverträge –im Regelfall mit einer Laufzeit von 10 Jahren– abgeschlossen, die ihre Erstinvestition in die Errichtung des FOC langfristig absichern. Zum Anderen sind auch die mieterspezifischen Investitionen bei Unterzeichnung des Mietvertrages bekannt, da sie im sogenannten „Works Manual“ erfasst sind. Diese Investitionen können daher bei der Kalkulation der Miete berücksichtigt werden. Alle vom Mieter gewünschten oder für die von ihm beabsichtigte Nutzung erforderlichen baulichen oder sonstigen Leistungen, gehen zu Lasten des Mieters.<sup>176</sup> Insoweit trägt Franconia kein unvorhersehbares und damit nicht kalkulierbares mieterspezifisches Investitionsrisiko.

---

<sup>176</sup>

Siehe II. § 5.1 des Mietvertrages, Bd. I Bl.267 d.A.

224. Darüber hinaus hat Franconia ein asymmetrisches Kündigungsrecht.<sup>177</sup> Nach Ablauf der sogn. verbindlichen Handelsdauer kann Franconia ohne Grund – jedoch gegen Zahlung einer (vorab vereinbarten) Abfindung– den Mietvertrag einseitig kündigen. Insoweit hat Franconia eine zusätzliche Möglichkeit, ihre Wirtschaftlichkeit zu sichern, wenn die erwarteten Mieterträge –und hier insbesondere der umsatzbezogene Anteil der Mieterträge– hinter ihren Erwartungen zurückbleiben, oder sogar ihre Wirtschaftlichkeit steigern, wenn sie feststellt, dass die Mieteinnahmen eines Mieters zwar planmäßig verlaufen, aber ein Austausch dieses Mieters durch einen neuen, umsatzstärkeren Mieter höhere Mieteinnahmen generiert. Von dieser Möglichkeit macht Franconia auch Gebrauch.
225. Franconia hat daher aufgrund der Ausgestaltung des Mietvertrages die Möglichkeit, sowohl die langfristigen Erstinvestitionen als auch die mieterspezifischen Investitionen zu amortisieren und zugleich die Möglichkeit, flexibel zu reagieren, wenn einzelne Mieter nicht die erwartete Leistung (Umsatz) realisieren oder wirtschaftlich attraktivere Mieter zur Verfügung stehen. Insoweit ist bei objektiver Betrachtung nicht erkennbar, dass zusätzlich zu den bereits vorhandenen vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten von Franconia die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbotes im Hinblick auf getätigte Investitionen oder notwendige Umsätze funktionsnotwendig und für den Abschluss oder die Durchführung ihrer Mietverträge zwingend geboten wäre.
226. Diese Überlegungen gelten sinngemäß in gleicher Weise für den Vortrag von Franconia, dass das Wettbewerbsverbot erforderlich sei, um die Wertigkeit und Attraktivität des FOC Wertheim sicherzustellen.<sup>178</sup> Denn gerade hierzu bedarf es keines Wettbewerbsverbotes. Die Wertigkeit und Attraktivität kann vielmehr besser sichergestellt werden, in dem Franconia sein vertragliches Instrumentarium nutzt, um flexibel auf die sich ändernden Entwicklungen im Hinblick auf die Bedeutung und damit die Umsatzstärke von einzelnen Marken reagieren zu können.
227. Insoweit ist das Ziel von Franconia zwar wirtschaftlich nachvollziehbar, dass „die Mieter der eigenen Verkaufsstelle gleicher Art keine Konkurrenz

<sup>177</sup>  
<sup>178</sup>

Siehe II. § 4.5 des Mietvertrages, Bd. I Bl.266f d.A.  
Schriftsatz an das Landgericht Mannheim vom 31.07.2013, S. 20, 22  
Anlagenbd.III 1. Halbbd. Bl. 72, 74.; Schriftsatz vom 23.10.2013, S. 23  
Verfahrensakte Bd. III Bl. 493.

machen“<sup>179</sup> sollen, allerdings ist das Mittel zur Erreichung dieses Ziels von der Rechtsordnung nicht gedeckt, da diese Wettbewerbsbeschränkungen nur toleriert werden, wenn sie in einem Vertrag mit einem kartellrechtlich unbedenklichen Hauptgegenstand –hier dem Mietvertrag– in dem Sinne funktionsnotwendig ist, dass die Durchführung des Vertrages erst durch die Wettbewerbsbeschränkung möglich wird. Diese Funktionsnotwendigkeit liegt hier erkennbar nicht vor.

228. Der Vortrag von Franconia, dass das Wettbewerbsverbot funktionsnotwendig sei, um letztlich die Wirtschaftlichkeit des FOC Wertheim abzusichern, ist nicht nur nach objektiver Beurteilung zurückzuweisen, sondern stellt sich auch bei wirtschaftlicher Betrachtung als unplausibel dar. Dies ergibt sich aus den folgenden Überlegungen, in denen die hypothetischen wirtschaftlichen Folgen eines Marktzutritts des Fashion Outlet Montabaur näher beleuchtet werden.
229. Die vertraglichen Wettbewerbsverbote der Franconia in ihren Mietverträgen betreffen derzeit aktuell insbesondere den beabsichtigten Marktzuritt des Fashion Outlet Montabaur. Das FOC liegt mit einem Abstand von 147 km Luftlinie gerade noch im verbotenen 150 km Radius. Damit wird den Mietern des FOC Wertheim, die die entsprechende Radiusklausel in ihren Mietverträgen haben –dies sind rund [70-80]% der Mieter-, untersagt, im Fashion Outlet Montabaur Ladenflächen anzumieten.
230. Die wirtschaftlichen Auswirkungen für das FOC Wertheim, die von einer parallelen Tätigkeit von Mietern im Fashion Outlet Montabaur ausgehen, hängt dabei im Wesentlichen von der Größe des räumlichen Überschneidungsgebietes, von der Höhe der umsatzbezogenen Mieteinnahmen ab, die das FOC Wertheim im Überschneidungsgebiet erwirtschaftet, von der Höhe des Abwanderungseffektes sowie der Annahme ab, wie viele FOC-Wertheim-Mieter sich auch im Fashion Outlet Montabaur niederlassen wollen.
231. Der räumlich relevante Markt des FOC Wertheim und des Fashion Outlet Montabaur wird sich im Wesentlichen im Rhein-Main-Gebiet überschneiden, da dieses Gebiet in der jeweiligen 90 Minuten-Fahrzeit-Isochrone der beiden FOC liegt (siehe hierzu Graphik 3 Tz. 148).

---

<sup>179</sup>

Schriftsatz an das Landgericht Mannheim vom 31.07.2013, S. 20  
Anlagenbd. III 1, Halbbd. Bl. 72.

232. Der Anteil der Kunden aus dem Rhein-Main-Gebiet liegt nach Maßgabe der bekannten Unterlagen der Franconia unter ■ [20-30]%.<sup>180</sup> Unter der Prämisse, dass die umsatzbezogenen Mieterträge im FOC Wertheim ■ [20-30]% betragen (siehe Tz. 63) –die Fixmiete wird durch Kundenabwanderungen nicht betroffen–, liegt das maximale Umsatzrisiko des FOC Wertheim damit bei ■ [20-30%] des Kundenanteils im Überschneidungsgebiet, mithin bei knapp über ■ [5-10]%, unter der Voraussetzung, dass sämtliche Kunden aus dem Rhein-Main-Gebiet zukünftig zum Fashion Outlet Montabaur abwandern würden.
233. Diese Hypothese ist offensichtlich unzutreffend vor dem Hintergrund, dass das FOC Wertheim seit mehr als 10 Jahren im Markt aktiv ist und auch noch über eine deutlich größere Anzahl von Mietern verfügen wird (ca. 70 in der Endstufe im Fashion Outlet Montabaur im Verhältnis zu mehr als 100 im FOC Wertheim). Auch wenn der Beschlussabteilung keine belastbare Prognose über die Höhe der möglichen Kundenabwanderungsquote vorliegt, so dürfte die Annahme einer 50%-igen Abwanderung vor dem Hintergrund der aktuellen Marktstellung des FOC Wertheim, die zukünftige Marktstellung des Fashion Outlet Montabaur im betroffenen Rhein-Main-Gebiet eher überzeichnen. Bei einer unterstellten 50%-igen Abwanderungsquote läge damit der zu erwartende Umsatzrückgang nur noch bei ca. 3%.
234. Darüber hinaus ist zu beachten, dass nicht alle Mieter des FOC Wertheim ein Interesse haben werden, eine Ladenfläche im Fashion Outlet Montabaur anzumieten. Unter der Annahme, dass 50% der Mieter des FOC Wertheim von dieser Möglichkeit Gebrauch machen würde, läge der zu erwartende Umsatzrückgang des FOC Wertheim, der durch die eigenen Mieter verursacht werden könnte, bei ca. 1,5%.
235. Danach ist bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht erkennbar, dass das Wettbewerbsverbot für die Aufrechterhaltung der Wirtschaftlichkeit des FOC Wertheim funktionsnotwendig sein könnte. Dies schließt naturgemäß nicht aus, dass die potenziellen Umsatzverluste durch den Wettbewerb des Fashion Outlet Montabaur insgesamt größer sein könnten. Denn es ist denkbar, dass z. B. ein Teil der Geschäftskunden oder Touristen aus NRW

---

<sup>180</sup>

Siehe hierzu oben Tz. 125ff.



und Rheinland-Pfalz<sup>181</sup>, die bisher wegen des derzeit fehlenden räumlichen Angebotes im Marktgebiet des Fashion Outlet Montabaur zukünftig bereits die Gelegenheit einer Geschäfts- oder Urlaubsreise nutzen, um ortsnäher einzukaufen und nicht erst warten, bis sie das Marktgebiet des FOC Wertheim passieren. Diese wettbewerblichen Auswirkungen wären aber schlicht auf die Eröffnung eines neuen FOC in einem anderen regionalen Markt zurückzuführen und können auch nicht durch ein Wettbewerbsverbot gegenüber den eigenen Mietern verhindert werden. Das Wettbewerbsverbot wäre zur Verhinderung dieser potenziellen Verluste praktisch unwirksam und daher auch nicht funktionsnotwendig.

236. Die vorangestellte objektive Beurteilung und die wirtschaftliche Plausibilitätsbetrachtung zeigen, dass das Wettbewerbsverbot zumindest mit einem Radius von 150 km nicht funktionsnotwendig ist. Dies wird auch durch die tatsächliche Vertragsgestaltung der Wettbewerber und auch durch das tatsächliche Verhalten von Value Retail selbst bestätigt.
237. Zum einen kann aufgezeigt werden, dass einige andere FOC-Betreiber keine oder weitüberwiegend geringere Radiusklauseln in ihren Mietverträgen vorsehen (siehe hierzu Tz. 75f.). Die Antworten der befragten FOC-Betreiber haben ergeben, dass in einem der FOC überhaupt keine Radiusklauseln verwendet werden und weitere FOC die Verwendung von Radiusklauseln inzwischen beendet haben oder zum Verzicht auf die Radiusklausel bereit sind.<sup>182</sup> Im Übrigen weist die überwiegende Mehrzahl der Verträge aller FOC nur Radien von bis zu 100 km auf. Das FOC Wertheim hat demgegenüber in [REDACTED] [75-85]% der Mietverträge eine Radiusklausel von 150 km vereinbart, wogegen ihre Wettbewerber schon bisher nur in 17% der Fälle eine Radiusklausel von über 125 km vereinbart haben. Demgegenüber haben [REDACTED] [5-15]% der Mieter vom FOC Wertheim eine Radiusklausel von bis zu 75 km, wogegen ihre Wettbewerber in 56% der Mietverträge diesen eingeschränkten Radius verwenden. Insoweit kann bereits durch die Realität als widerlegt angesehen werden, dass ein Wettbe-

<sup>181</sup> Ihr Anteil dürfte insgesamt bei [REDACTED] [5-15]% der Kunden des FOC Wertheim liegen - siehe Auswertung Autokennzeichen- [REDACTED]

[REDACTED] Ausdruck files\ Kennzeichenliste  
VV.xls, Verfahrensakte Bd. VI, Bl. 111ff.

<sup>182</sup> Bd. I, Bl. 354 Bl. 389, 390, Bd. III, Bl. 55 R, Bd. IV, Bl. 208 ff (Teilweise Geschäftsgeheimnisse).

werbsverbot mit einem Luftradius von 150 km bei objektiver Betrachtung als funktionsnotwendig für das Betreiben eines FOC angesehen werden könnte.

238. Zum anderen wird dieser Befund durch Vergleich der Mieter der drei norddeutschen FOC in Neumünster, Soltau und Ochtum(Bremen) bestätigt. Diese drei FOC befinden sich jeweils in einem Luftradius von 150 km der beiden anderen FOC. Darüber hinaus befinden sich das FOC Ochtrup zusätzlich noch im 150 km Radius des FOC Ochtum/Bremen und das FOC Wolfsburg zusätzlich noch im 150 km Radius des FOC Soltau. Der Ballungsraum Hamburg gehört bei der 150 km Radienbetrachtung zu jedem der Einzugsgebiete der drei vorgenannten FOC sowie auch zum Einzugsgebiet des FOC Wolfsburg.<sup>183</sup> Nach Auffassung von Franconia dürfte keines der drei vorgenannten FOC (Neumünster, Soltau, Ochtum/Bremen) funktionsfähig sein, wenn sie identische Mieter hätten. Tatsächlich ist festzustellen, dass sich die Mieter der drei FOC mit den Mietern der FOC innerhalb ihres jeweiligen 150 km Radius sogar erheblich überschneiden. Im FOC Neumünster sind 35% der Mieter gleichzeitig Mieter im FOC Soltau und/oder im FOC Ochtum/Bremen. In den FOC Soltau und Ochtum/Bremen überschneiden sich sogar fast 60% bzw. ca. 70% ihrer Mieter mit Mietern der jeweils anderen FOC in ihrem 150 km Radius. Dieser Befund verdeutlicht in besonderer Weise, dass sich überschneidende Mieterkreise keineswegs abträglich für die Funktionsfähigkeit eines FOC sind.
239. Dieser Umstand wird letztlich auch durch das tatsächliche Verhalten von Value Retail selbst belegt. Die Einzugsbereiche des FOC Wertheim und des FOC Ingolstadt, die beide zum Value Retail-Konzern gehören, liegen ca. 170 km Luftlinie entfernt. Damit überschneidet sich –wenn man den Vortrag von Franconia zugrunde legt, dass das jeweilige Marktgebiet einen Radius von 150 km um den jeweiligen Standort umfasst– mit jeweils 130 km. Damit wäre das Überschneidungsgebiet zwischen dem FOC Wertheim und dem FOC Ingolstadt um ca. 20 km kleiner als das Überschneidungsgebiet mit dem Fashion Outlet Montabaur. Im Fall des Fashion Outlet Montabaur sieht Franconia das Überschneidungsgebiet als so groß an, dass es wegen der zu befürchtenden Kanibalisierungseffekte durch ein Wettbewerbsverbot für seine Mieter geschützt werden muss. Das Wettbewerbsverbot wird als

<sup>183</sup> Siehe hierzu Graphik 3, Tz 142. Sollte Value Retail seine Absicht durchsetzen, in Bispingen ein FOC zu betreiben (Bispingen liegt ca. 20 km nördlich von Soltau), wäre dies das fünfte FOC, das um den Ballungsraum Hamburg betrieben würde.

funktionsnotwendig für die Wirtschaftlichkeit eines FOC angesehen. Der Unterschied in der Größe des Überschneidungsgebietes erscheint aber nur gering. Darüber hinaus dürfte die Behauptung der (Nicht-)Funktionsfähigkeit eines FOC im Hinblick auf einen möglichen Wettbewerb durch benachbarte FOC mit sich überschneidenden Mieterkreisen nicht nur von der Entfernung zum benachbarten FOC, sondern im Wesentlichen von dem potenziellen Kanibalisierungseffekt selbst abhängen, dieser wiederum von der Anzahl der sich überschneidenden Mieter und der wirtschaftlichen Bedeutung des Überschneidungsgebietes beeinflusst ist.

240. Vor diesem Hintergrund erscheint die Behauptung von Franconia, dass im Grundsatz jeder Mieter, der sich in einem benachbarten FOC einmietet, das in einem Luftradius von 150 km liegt, die Funktionsfähigkeit des FOC Wertheim gefährdet, durch ihr eigenes tatsächliches Verhalten widerlegt. Zwar überschneidet sich das Einzugsgebiet des FOC Ingolstadt nur mit 130 km statt mit dem als inakzeptabel angesehenen Abstand von 150 km, dafür überschneiden sich die Mieterkreise des FOC Wertheim und des FOC Ingolstadt aber erheblich; fast 75% der Mieter des FOC Wertheim sind auch Mieter des FOC Ingolstadt.<sup>184</sup> Wäre die Behauptung von Franconia zutreffend, dass durch die parallele Anmietung einer Ladenfläche durch einen Mieter in einem benachbarten FOC, das mit dem FOC Wertheim einen Überschneidungsbereich von 150 km teilt, dann dürfte die Funktionsfähigkeit (der Kannibalisierungseffekt) in vergleichbarer Weise beeinträchtigt sein, wenn der Überschneidungsbereich zwar nur 130 km beträgt, dafür aber drei von vier Mietern identisch sind. Dies gilt selbst dann, wenn sich die wirtschaftliche Bedeutung der jeweiligen Überschneidungsgebiete unterscheiden würde.
241. Die Outlet-City in Metzingen liegt mit ca. 135 km im Luftradius von 150 km, der grundsätzlich durch das Wettbewerbsverbot des FOC Wertheim geschützt ist. Festzustellen ist jedoch, dass 31 Markenhersteller in beiden FOC parallel tätig sind.<sup>185</sup> Für das FOC Wertheim bedeutet dies eine Überschneidungsquote von 30% und für die Outlet-City Metzingen sogar von fast 60%. Im unmittelbaren Einzugsgebiet des in Belgien gelegenen FOC von Value Retail in Maasmechelen liegt mit einem Abstand von nur ca. 40 km das FOC

<sup>184</sup> Anlagen zur E-Mail vom 29. November 2013, Verfahrensakte Bd. IV Bl. 74a, 74e-h.

<sup>185</sup> Siehe hierzu auch Tz. 67.

Roermond (NL). Das FOC Maaasmechelen bietet ca. 100 Herstellermarken an. Davon überschneiden sich 35 mit dem FOC Roermond.<sup>186</sup> Vor diesem tatsächlichen Hintergrund erscheint der Vortrag von Franconia unplausibel, dass ohne Radiusklauseln so hohe Kanibalisierungseffekte bei Doppelbelegungen auftreten würden, dass der wirtschaftliche Erfolg eines FOC gefährdet wäre und daher Radiusklauseln „zwingend erforderlich“ seien.<sup>187</sup>

242. Vor diesem Hintergrund kann Franconia auch nicht erklären, dass der Abstand des geplanten Fashion Outlet Montabaur mit 147 km die Funktionsfähigkeit des FOC Wertheim beeinträchtigt, jedoch ein Abstand von 151 km dagegen wirtschaftlich hinnehmbar wäre.
243. Im Ergebnis kann daher festgestellt werden, dass das Wettbewerbsverbot von Franconia weder bei objektiver Betrachtung noch unter Berücksichtigung des tatsächlichen Marktgeschehens als funktionsnotwendig für das Betreiben eines FOC und damit auch nicht für das FOC Wertheim anzusehen ist.

**(3) Wettbewerbsverbot liegt nicht im Interesse der Mieter oder deren Kunden**

244. Das Wettbewerbsverbot, das Franconia in seinen Mietverträgen vereinbart liegt bei objektiver Betrachtung auch nicht im Interesse ihrer Mieter oder deren Kunden.
245. Hierfür spricht zunächst, dass die Radiusklausel auf Initiative und im Interesse von Franconia in den Mietvertrag aufgenommen wurde, nachdem sie im Mietvertragsentwurf bereits vorgegeben war. Nur wenige der befragten Mieter gaben an, dass es ihnen im Rahmen der Verhandlungen bei Vertragsabschluss gelungen sei, die Radiusklausel zu reduzieren oder zu streichen.<sup>188</sup> Aus Sicht der überwiegenden Anzahl der befragten Mieter war und ist die Radiusklausel nicht mit Franconia verhandelbar. Allerdings wurde festgestellt, dass das FOC Wertheim im Hinblick auf die Outlet-City Metzingen Sonderregelungen zugestimmt hat, die zum Teil darauf zurückzu-

<sup>186</sup> Beide FOC wurden nicht unmittelbar von der Beschlussabteilung befragt, die Daten ergeben sich nur aus dem Internet und sind damit nicht in gleicher Weise valide.

<sup>187</sup> Schriftsatz vom 23.10.2013, S. 4, 22f., Verfahrensakte Anlagenband III, 1. Halbbd., Bl. 4, 22; siehe zum Wettbewerb zwischen dem FOC Massmechelen und dem FOC Roermond auch Tz. 112.

<sup>188</sup> Siehe oben Tz. 67.

führen sind, dass die betroffenen Mieter bereits bei Gründung des FOC Wertheim Mieter in der Outlet-City Metzingen waren.

246. Dass Franconia offenbar bis zu Beginn des Verfahrens vor dem Landgericht Mannheim nicht bereit war, mit ihren Mietern über die im Vertrag enthaltene Radiusklausel im Bezug zum Fashion Outlet Montabaur zu verhandeln, zeigt exemplarisch das Schreiben der Value Retail Management GmbH an die Mieterin X3<sup>189</sup> vom 22.4.2013. Darin wird die Mieterin namens und im Auftrag von Franconia nachdrücklich an die mietvertragliche Radiusklausel erinnert und unter Androhung rechtlicher Schritte aufgefordert, von einer Eröffnung eines Geschäfts im Fashion Outlet Montabaur Abstand zu nehmen.<sup>190</sup> Auch der im FOC Wertheim vertretene Markenanbieter X4 hat mitgeteilt, dass Franconia auf Einhaltung der Radiusklausel bestanden habe, nachdem er Franconia auf sein Interesse am Fashion Outlet Montabaur angesprochen habe.<sup>191</sup> Auch die Mieterin X5 hat berichtet, dass die Radiusklausel nicht verhandelbar ist und dass sie von Franconia im Hinblick auf die Eröffnung des Fashion Outlet Montabaur massiv unter Druck gesetzt worden sei.<sup>192</sup> Nicht zuletzt das einstweilige Verfahren der Fashion Outlet Montabaur gegen Franconia vor dem Landgericht Hamburg belegt, dass Franconia noch in jüngster Zeit ihre Mieter mit strafbewehrten Unterlassungserklärungen davon abhalten wollte, im Fashion Outlet Montabaur ein Ladenlokal zu eröffnen (siehe oben Tz. 62).
247. Darüber hinaus besteht für die Markenartikelhersteller objektiv kein Interesse, statt im FOC Wertheim ausschließlich im Fashion Outlet Montabaur oder im FOC Zweibrücken Ladenflächen anzumieten, da alle drei FOC im Wesentlichen Kunden aus anderen Regionen bedienen. Im Gegenteil haben die Markenartikelhersteller –falls ihnen das Umfeld im Fashion Outlet Montabaur grundsätzlich geeignet erscheint dort ihre Produkte anzubieten– ein Interesse, sich zusätzlich auch im neuen Fashion Outlet Montabaur zu engagieren, da ihnen dieses FOC im Wesentlichen andere Kundenkreise, etwa aus dem Rheinland, erschließen kann.

<sup>189</sup> Der Name dieses Mieters wie auch der folgenden Mieter kann nicht offengelegt werden (Geschäftsgeheimnis), sie sind im Folgenden als X1..Xn bezeichnet.

<sup>190</sup> Verfahrensakte Bd. I Bl. 374.

<sup>191</sup> Siehe Schreiben vom 26.7.2013, Verfahrensakte Bd. I Bl. 493

<sup>192</sup> Siehe Schreiben vom 7.8.2013, Verfahrensakte Bd. I Bl. 563

248. Der Interessenunterschied zwischen dem FOC Wertheim einerseits und ihren Mietern andererseits liegt in ihren unterschiedlichen wirtschaftlichen Interessen im Bezug auf die Überschneidungsgebiete. Sind die Überschneidungsgebiete zweier FOC hinreichend weit entfernt und damit relativ kleinräumig, ist es für die Markenhersteller zweitrangig, ob sie die potenziellen Kunden aus einem Überschneidungsgebiet, wie z.B. dem Rhein-Main-Gebiet, vom FOC Wertheim oder von dem geplanten Fashion Outlet Montabaur oder aus dem FOC Zweibrücken bedienen. Denn jedes FOC erschließt ihnen weit überwiegend ein anderes regionales Kundenpotenzial. Aus Sicht eines FOC stellt sich das anders dar. Denn die Kaufkraft aus dem Rhein-Main-Gebiet kann für sie nur einmal vergeben werden. Hier stehen die einzelnen FOC objektiv im Wettbewerb um ihre Kunden, so dass die Kaufkraftabwanderung für sie einen spürbaren wirtschaftlichen Nachteil haben kann. In einer solchen Situation liegt das Wettbewerbsverbot gerade im Interesse der FOC, sich vor dem Wettbewerb anderer FOC zu schützen.
249. Dieser Interessengegensatz zwischen einem FOC-Betreiber und seinen Mieter kann sich dann nahezu auflösen, wenn das Überschneidungsgebiet zweier FOC nahezu identisch wäre, also ein weiteres FOC in unmittelbarer Nähe eines anderen FOC errichtet würde.<sup>193</sup> Dann wäre der Wettbewerb zwischen den FOC wegen des nahezu 100%-igen Überschneidungsgebietes besonders groß. Dies hätte erhebliche Auswirkungen auf den möglichen Mietzins, der von den Markenartikelherstellern verlangt werden kann und den damit verbundenen umsatzbedingten Mieteinnahmen. Allerdings wäre dann auch der Interessengegensatz zwischen Vermieter und Mieter nur gering. Denn auch für einen Mieter, der gleichzeitig in einem so nahe gelegene FOC parallel tätig werden würde, könnte dieser in beiden FOC (nahezu) nur das gleiche Kundenpotenzial erreichen. Der Kanibalisierungseffekt für das eigene Unternehmen wäre dann besonders hoch. Ein Wettbewerbsverbot wäre daher vermutlich allein aus der übereinstimmenden Interessenlage entbehrlich.
250. Eine solche Fallkonstellation ist hier aber nicht zu beurteilen, weil alle Standorte der aktuellen Wettbewerber und auch der Standort des im Aufbau befindlichen Fashion Outlet Montabaur weit vom FOC Wertheim entfernt liegen,

---

<sup>193</sup> Wie dies derzeit Value Retail in Bispingen plant, das nur ca. 20 km vom FOC Soltau entfernt liegt.

so dass sie jeweils nur ein kleines räumliches Randgebiet des Marktes des FOC Wertheim berühren.

#### **(4) Fehlende Verhältnismäßigkeit des Wettbewerbsverbotes**

251. Das Wettbewerbsverbot, das Franconia in seinen Mietverträgen verwendet, ist auch nicht verhältnismäßig, weil das Unternehmen grundsätzlich in der Lage ist, statt eines Wettbewerbsverbotes wettbewerbskonforme Instrumente einzusetzen, um die vorgetragene wirtschaftlichen Ziele zu erreichen. Darüber hinaus geht die Ausgestaltung des Wettbewerbsverbotes deutlich über das sachliche, räumliche und zeitlich erforderliche Maß hinaus. Zu dem ist es unverhältnismäßig, weil es in gravierender Weise die wirtschaftliche Betätigung seiner Mieter beschränkt und Wettbewerber erheblich behindern kann.
252. Wie bereits erläutert (siehe Tz. 223ff.), hat Franconia durch die Gestaltung ihrer Mietverträge im Hinblick auf die Miethöhe, die Mietdauer und die vorzeitigen Kündigungsmöglichkeiten ein umfassendes Instrumentarium zur Verfügung, um ihre getätigten langfristigen und mieterspezifischen Investitionen zu amortisieren und den (beschränkten) wirtschaftlichen Risiken zu begegnen, die aus der Anmietung von Ladenflächen durch ihre Mieter in konkurrierenden FOC entstehen könnten. Insoweit stellt die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbotes, dass den Mietern untersagt, in einem Radius von 150 km keine Ladenfläche in einem Outlet anzumieten eine unverhältnismäßige Beschränkung der freien Betätigung ihrer Mieter dar.
253. Soweit Franconia vorträgt, dass das Wettbewerbsverbot in sachlicher und räumlicher und zeitlicher Weise verhältnismäßig sei, kann dem nicht gefolgt werden.
254. Der Hinweis von Franconia, dass sich das Wettbewerbsverbot nur auf vertragsgegenständliche Marken beziehe,<sup>194</sup> bleibt in diesem Zusammenhang unverständlich. Denn es kann ja nur als selbstverständlich angesehen werden, dass sich das Wettbewerbsverbot nicht auch noch zusätzlich Waren erfasst, die im FOC Wertheim überhaupt nicht angeboten werden, also auf die Mieterträge keinerlei Einfluss haben. Insoweit kann dieses Argument nicht dazu dienen, die Verhältnismäßigkeit des Wettbewerbsverbotes zu be-

<sup>194</sup> Schriftsatz an das Landgericht Mannheim vom 31.07.2013, S. 16f. Anlagenbd.III 1. Halbbd. Bl. 68.; Schriftsatz vom 8. April 2014, S. 5, Bd. V Bl. 7 d.A.

gründen. Im Gegenteil wird hierdurch deutlich, dass vom Wettbewerbsverbot grundsätzlich alle Vertragswaren erfasst sind und das Wettbewerbsverbot damit in sachlicher Hinsicht nicht eingeschränkt ist. Sollte das Argument dahingehend zu verstehen sein, dass ein Markenhersteller nicht immer alle seine Marken im FOC anbietet und er mit diesen Marken in benachbarten FOC tätig werden könnte, so ist zunächst festzuhalten, dass im FOC Wertheim über 100 Markenhersteller mit mehr als 200 Marken vertreten sind.<sup>195</sup> Das wettbewerbliche Gewicht der Sperrwirkung ergibt sich aber gerade aus der Sperrung der Hauptmarke und nicht aus der Zweit- oder Drittmarke, die im Regelfall ohnehin zusammen mit der Hauptmarke vermarktet werden. Insoweit kann die Hauptmarke zwar isoliert angeboten werden, aufgrund der geringeren Anziehungskraft der Zweitmarke ist diese für benachbarte FOC regelmäßig nur von geringem Interesse, selbst wenn diese nicht vom Wettbewerbsverbot erfasst wäre. Auch insoweit wird das sachlich alle Vertragswaren umfassende Wettbewerbsverbot nicht spürbar relativiert.

255. Auch der Hinweis von Franconia, dass den Markenherstellern eine Vielzahl von Vertriebsmöglichkeiten verblieben und insoweit das Wettbewerbsverbot verhältnismäßig sei<sup>196</sup>, geht ins Leere. Denn das Wettbewerbsverbot betrifft den sachlich relevanten Markt für FOC, auf dem nur FOC-spezifische Ware verkauft werden kann. Der FOC-Markt speist sich gerade im Wesentlichen aus den Retouren aus dem normalen Einzelhandel. Das Wettbewerbsverbot trifft insoweit gerade die Ware, für die die Markenhersteller den spezifischen FOC-Absatzkanal benötigen.
256. Der Vortrag von Franconia, dass benachbarten FOC, die durch das Wettbewerbsverbot betroffen werden, eine Vielzahl von anderen Marken Anbietern zur Verfügung stünden, verkennt zunächst, dass dies für die vom Wettbewerbsverbot betroffenen Markenhersteller im FOC Wertheim ohne jede Bedeutung ist. Auch ist dies kein Argument dafür, dass der sachliche Umfang des Wettbewerbsverbotes in irgendeiner Weise eingeschränkt und damit verhältnismäßig würde. Soweit das Argument nahe legen soll, dass die FOC-Wettbewerber ausreichende Ausweichmöglichkeiten hätten, ist das Argument in diesem Zusammenhang irrelevant. Denn hier ist nur zu beur-

---

<sup>195</sup>

Verfahrensakte Band IV, Bl. 221.

<sup>196</sup>

Schriftsatz an das Landgericht Mannheim vom 31.07.2013, S. 36  
Anlagenbd. III 1. Halbbd Bl. 88.



teilen, ob der sachliche Umfang des Wettbewerbsverbotes in angemessener Weise eingeschränkt ist. Dies kann –unabhängig davon, dass es sachlich nicht– nicht festgestellt werden, da –mit wenigen Ausnahmen– sämtliche Vertragswaren im FOC Wertheim vom Wettbewerbsverbot betroffen sind.

257. In räumlicher Hinsicht trägt Franconia vor, dass das Wettbewerbsverbot deshalb verhältnismäßig sei, weil der räumliche Markt zumindest ein bundesweiter, eher sogar ein europaweiter Markt sei und daher die Einschränkung des Wettbewerbsverbotes auf das Einzugsgebiet des FOC Wertheim verhältnismäßig sei und im Übrigen 24 Markenhersteller eine Radiusklausel von weniger als 150 km hätten.<sup>197</sup>
258. Franconia kommt nach ihrem Vortrag nur deshalb zu einer Verhältnismäßigkeit ihres Wettbewerbsverbotes in räumlicher Hinsicht, weil das Unternehmen den räumlich relevanten Markt fehlerhaft abgrenzt. Bei zutreffender räumlicher Marktabgrenzung auf die 90 Minuten Fahrzeit-Isochrone um den Standort Wertheim ist festzustellen, dass das Wettbewerbsverbot für Franconia's Mieter nicht nur das vollständige Marktgebiet des FOC Wertheim erfasst, sondern noch gut 50 km Luftlinie über dieses hinaus geht.<sup>198</sup> Damit ist den Markenhersteller, die Läden im FOC Wertheim angemietet haben nicht nur untersagt, im Marktgebiet des FOC Wertheim selbst zusätzlichen Outlet-Flächen anzumieten, sondern noch in einem 50 km Umkreis um das Marktgebiet. Das FOC Wertheim schafft sich damit um sein Marktgebiet einen zusätzlichen Korridor, um auch Wettbewerbspulse, die von außen in sein Marktgebiet einwirken könnten, weitgehend abzuschirmen. Ein Wettbewerbsverbot, das noch deutlich über das Marktgebiet des FOC Wertheim hinausreicht, ist demnach auch in räumlicher Hinsicht unverhältnismäßig. Das von diesem räumlichen Wettbewerbsverbot ca. 20% der Mieter ausgenommen sind, ist vor diesem Hintergrund unerheblich.
259. Die Verhältnismäßigkeit des Wettbewerbsverbotes in zeitlicher Hinsicht begründet Franconia im Wesentlichen damit, dass das Wettbewerbsverbot auf die Vertragslaufzeit beschränkt sei und 24 Verträge bis zur Eröffnung des

<sup>197</sup> Schriftsatz an das Landgericht Mannheim vom 31.07.2013, S. 18, 39 Anlagenbd.III 1. Halbbd. Bl. 70, 91. sowie Seite 18 und Anlage 6 des Schreibens vom 23.10.2013 Verfahrensakte Bd. III, Bl. 488 und Anlagenbd. III 2. Halbbd. Bl. 64.

<sup>198</sup> Auch das OLG Karlsruhe ist bei seiner Beurteilung zur Verhältnismäßigkeit nicht von einen 150 km, sondern nur von einem 100 km Luftradius ausgegangen.

Fashion Outlet Montabaur und insgesamt 58 Verträge innerhalb der nächsten fünf Jahre ausliefen.<sup>199</sup>

260. Damit kann zunächst festgestellt werden, dass das Wettbewerbsverbot in zeitlicher Hinsicht in keiner Weise eingeschränkt ist. Es gilt für die gesamte Vertragsdauer von regelmäßig 10 Jahren. Dass es nicht über die Vertragsdauer hinausgeht, kann wohl lediglich als selbstverständlich angesehen werden, weil keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass hier ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot begründet werden könnte.
261. Dass das Wettbewerbsverbot mit Ablauf der Vertragslaufzeit endet, kann wohl nur schwerlich als eine irgendwie geartete zeitliche Beschränkung und damit eine dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz geschuldete Beschränkung des Wettbewerbsverbotes angesehen werden. Im Übrigen dürfte das formale Auslaufen des Wettbewerbsverbotes für die Mieter keine tatsächliche Änderung bedeuten. Denn die Mieter werden im Regelfall versuchen, ihren Mietvertrag zu verlängern, da das FOC Wertheim bisher faktisch das einzig relevante FOC ist, das ihnen den Kundenkreis des betroffenen Einzugsgebietes erschließt. Benachbarte FOC können ihnen – abgesehen von den beschränkten räumlichen Überschneidungsbereichen - lediglich einen anderen Kundenkreis erschließen. Darüber hinaus handelt es sich bei dem FOC Wertheim um eines der führenden FOC, das Ihnen ein erhebliches Absatz- und Umsatzpotenzial für ihre FOC-Ware ermöglicht. Insoweit stellt das Auslaufen von Vertragslaufzeiten im Regelfall nur ein Neuaushandeln der vertraglichen Konditionen dar, und zwar mit dem vorhandenen Wettbewerbsverbot für weitere 10 Jahre. Insoweit eröffnet der Ablauf von Vertragslaufzeiten für benachbarte und erst recht für neu auf den Markt hinzutretende FOC keine realistische Chance, die Mieter des FOC Wertheim bei dem bestehenden Wettbewerbsverbot zu akquirieren. Denn selbst wenn ein Mieter des FOC Wertheim ein Interesse hätte, im benachbarten FOC Ladenflächen anzumieten, so würde er dies allenfalls zusätzlich aber nicht als Ersatz für das FOC Wertheim tun. Denn die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, die ein eingeführtes FOC bieten kann, können durch ein neu eröffnetes FOC allenfalls nach einigen Jahren erreicht werden.

---

<sup>199</sup> Schriftsatz an das Landgericht Mannheim vom 31.07.2013, S. 18, 49 Anlagenbd.III 1. Halbbd. Bl. 70, 101.; Schriftsatz vom 23.10.2013, S. 18 Verfahrensakte Bd. III, Bl. 488.

262. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass das Wettbewerbsverbot, das Franconia in ihren Mietverträgen vereinbart, in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht umfassend ist, denn es bezieht sich auf die gesamte Vertragsware für die gesamte Vertragslaufzeit und geht in räumlicher Hinsicht bei mehr als 80% der Mieter sogar noch über das Einzugsgebiet des FOC Wertheim hinaus. Ein solches allumfassendes Wettbewerbsverbot ist aus sich heraus schon als unangemessen anzusehen, weil es in keiner Weise erkennen lässt, dass es sich auf ein erforderliches Maß beschränkt.
263. Die Unangemessenheit des von Franconia vereinbarten Wettbewerbsverbotes wird insbesondere auch dadurch verstärkt, dass es jegliche Abwägung mit den berechtigten Interessen der übrigen Marktteilnehmer vermissen lässt.
264. Die Mieter des FOC Wertheim werden durch das Wettbewerbsverbot daran gehindert, in benachbarten FOC, die in einem Radius von 150 km um den Standort des FOC Wertheim liegen, Ladenflächen zu eröffnen. Damit will sich einerseits das FOC Wertheim vor Wettbewerb und den damit einhergehenden möglichen Folgen, wie Umsatzrückgängen schützen. Andererseits werden ihre Mieter daran gehindert, ihrerseits Erträge aus den möglichen Verkäufen in benachbarten FOC zu erwirtschaften. Das Wettbewerbsverbot des FOC Wertheim führt hier zu einem völlig unangemessenen Ergebnis der widerstreitenden Interessen. Wie oben (siehe Tz. 228ff., 234) am Beispiel des potenziellen Marktzutritts des Fashion Outlet Montabaur aufgezeigt, könnte es sein, dass das FOC Wertheim aufgrund der sich überschneidenden Marktgebiete und unter den dort getroffenen Annahmen einen Umsatzverlust von 1%-2% erleiden könnte. Dem steht jedoch ein deutlich größerer potenzieller Verlust des Markenherstellers gegenüber, wenn dieser aufgrund des Wettbewerbsverbotes kein Ladengeschäft in Montabaur eröffnen könnte. Denn einerseits ist zwar zu unterstellen, dass dem Markenhersteller der Umsatzanteil aus dem Rhein-Main-Gebiet in jedem Fall erhalten bleibt –und zwar unabhängig davon, ob er diesen mit seiner Filiale im FOC Wertheim oder im FOC Wertheim erzielt. Andererseits entgeht dem Markenhersteller aber der weit größere Umsatzanteil, den das Fashion Outlet Montabaur ihm durch die Kunden seines sonstigen Marktgebietes verschaffen kann, auf die das FOC Wertheim keinen Zugriff hat.

265. Auch wenn man die Interessen des FOC Wertheim mit denen des geplanten Fashion Outlet Montabaur vergleicht, das insbesondere von dem Wettbewerbsverbot betroffen ist, so ist festzustellen, dass die potenziellen wirtschaftlichen Auswirkungen des Wettbewerbsverbotes in unangemessener Weise zu Lasten des Fashion Outlet Montabaur ausfallen. Dies lässt sich belegen, wenn man die unterschiedlichen Szenarien zugrundelegt, die einerseits von Franconia und andererseits vom Fashion Outlet Montabaur vorgebracht wurden sowie eine Prognose zwischen diesen Extremszenarien unterstellt.
266. Unterstellt man den negativen Extremfall, der vom Fashion Outlet Montabaur vorgebracht wird, dass ohne eine gewisse Anzahl von attraktiven Mietern aus dem FOC Wertheim die notwendige Anziehungskraft des Fashion Outlet Montabaur nicht herzustellen wäre und damit der Marktzuritt des Fashion Outlet Montabaur scheitern würde, so wären einerseits die wirtschaftlichen Folgen für das Fashion Outlet Montabaur aufgrund der bereits getätigten Investitionen außerordentlich hoch, andererseits wäre der potenzielle wirtschaftliche Schaden für das FOC Wertheim in Höhe von grob 1%-2% des Umsatzes abgewendet.
267. Geht man -wie Franconia- davon aus, dass das Fashion Outlet Montabaur ohne weiteres eine ausreichende Anzahl gleichwertiger Mieter finden könnte, so würde sich das wirtschaftliche Ergebnis für das FOC Wertheim nicht von dem Ergebnis unterscheiden, wenn seine Mieter im Fashion Outlet Montabaur tätig wären. Denn die Kunden des Überschneidungsgebietes würden – wie unterstellt – im Wesentlichen das Wettbewerbspotenzial beider FOC gleich beurteilen, weil sie in gleicher Weise über attraktive Marken verfügten und sich somit auf beide FOC aufteilen. Würde die Annahme von Franconia zutreffen, würde sich also am wirtschaftlichen Ergebnis für das FOC Wertheim ganz unabhängig vom Wettbewerbsverbot nichts ändern; denn es wäre wirtschaftlich wirkungslos. Demgegenüber wäre –unter der Annahme von Franconia– der Marktzutritt vom Fashion Outlet Montabaur gesichert und das FOC würde keinen wirtschaftlichen Nachteil erleiden.
268. Geht man davon aus, dass die Anziehungskraft der Mieter ein entscheidender Erfolgsfaktor für ein FOC ist, so ist mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass sich ein weniger attraktiver Mietermix substantziell auf die Wirtschaftlichkeit eines FOC auswirken wird. In diesem Fall kann das FOC

Wertheim mit hoher Wahrscheinlichkeit damit rechnen, dass sich seine potenziellen (allerdings relativ geringen) Umsatzverluste durch den Marktzutritt des Fashion Outlet Montabaur im Überschneidungsgebiet ihrer Märkte noch geringer ausfallen werden. Das Fashion Outlet Montabaur wird durch einen unterstellten, weniger attraktiven Mietermix jedoch nicht nur in seinem Überschneidungsgebiet mit dem FOC Wertheim wirtschaftliche Nachteile erleiden, sondern auch in seinem gesamten Marktgebiet, da es durch ein weniger attraktiven Mietermix insgesamt weniger Kunden auf sich ziehen kann.

269. Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, dass das Wettbewerbsverbot, dass Franconia in seinen Mietverträgen vereinbart hat, nicht nur in sachlicher, zeitlicher und räumlicher Hinsicht unverhältnismäßig ist, sondern auch vor dem Hintergrund sich widerstreitender Interessen seiner Mieter und seiner aktuellen und potenziellen Wettbewerber unverhältnismäßig ist.

**3.2.1.6 Wettbewerbsverbot stellt eine bezweckte Beschränkung der Handlungsfreiheit der Markenhersteller und eine gezielte Wettbewerbsbehinderung aktueller und potenzieller Wettbewerber dar**

270. Im Ergebnis ist daher festzustellen, dass das in den Mietverträgen durch die Radiusklausel statuierte Wettbewerbsverbot von Franconia bei objektiver Würdigung der Ziele des Wettbewerbsverbotes unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs, der betroffenen Waren und Dienstleistungen sowie der auf dem Markt bestehenden tatsächlichen Bedingungen und Strukturen, den Wettbewerb so hinreichend beeinträchtigt, dass davon ausgegangen werden kann, dass die Prüfung seiner Wirkungen nicht notwendig ist.
271. Wesentlicher Grund hierfür ist, dass das Wettbewerbsverbot aufgrund der rechtlichen und tatsächlichen Umstände im betroffenen Markt sich insbesondere auf die Beschränkung des wesentlichen Wettbewerbsparameters bezieht, nämlich die freie Auswahl der Marken, die in einem FOC angeboten werden können. Das Wettbewerbsverbot ist daher in besonderer Weise geeignet, den Wettbewerb zu beschränken. Aufgrund der marktbeherrschenden Stellung des FOC Wertheim in seinem Einzugsgebiet ist es Franconia auch in besonderer Weise möglich, dieses Wettbewerbsverbot bei seinen Mietern durchzusetzen. Vor diesem Hintergrund hat die Würdigung der Ziele des von Franconia durchgesetzten Wettbewerbsverbots ergeben, dass das

Wettbewerbsverbot weder funktional notwendig zur Durchführung der Mietverträge noch verhältnismäßig ist, um die vorgetragenen Ziele zu erreichen. Vielmehr zielt das Wettbewerbsverbot im Wesentlichen darauf ab, über die Beschränkung der Handlungsfreiheit der Mieter den Wettbewerb zwischen dem FOC Wertheim und seiner aktuellen und potenziellen Wettbewerber zu beschränken.

### 3.2.2 Bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

272. Selbst dann, wenn die Radiusklausel –entgegen der hier vertretenen Auffassung– nicht als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung anzusehen wäre, würde das Wettbewerbsverbot jedenfalls eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung bewirken, die nicht freistellungsfähig ist.

#### 3.2.2.1 Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung

273. Eine Wettbewerbsbeschränkung hat eine spürbare Außenwirkung, wenn die Marktchancen der Wettbewerber oder der Marktgegenseite beeinflusst werden, wofür jede künstliche Veränderung der Marktbedingungen auf den betroffenen Märkten genügt.<sup>200</sup> Eine Eignung zur spürbaren Außenwirkung kommt einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung zu, wenn die wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten und die zur Verfügung stehenden Alternativen für die Marktbeteiligten nicht nur unmerklich beeinträchtigt werden.<sup>201</sup> Für die Beurteilung dieser Frage kommt es grundsätzlich vor allem auf die Marktstellung der Beteiligten an, wobei die Anforderungen an den maßgeblichen Marktanteil je nach Art der Wettbewerbsbeschränkung unterschiedlich sind.<sup>202</sup> Auch die Dauer einer Wettbewerbsbeschränkung kann für ihre Beurteilung erheblich sein.<sup>203</sup>

#### (1) Auswirkung auf die Marktgegenseite

274. Das Wettbewerbsverbot, das Franconia in ihren Mietverträgen aufgenommen hat, untersagt den Mietern, in einem Luftradius von 150 km Ladenflächen in einem anderen FOC anzumieten oder auch in einem anderen Geschäftslokal ein Outlet zu betreiben (siehe Tz. 67). Damit werden die Markenhersteller in ihren wettbewerbliehen Handlungsspielräumen spürbar beschränkt, da sie in diesem gesperrten Marktgebiet ihre Waren nicht in

<sup>200</sup> Vgl. Bunte in Langen/Bunte § 1 Rn. 230.

<sup>201</sup> Vgl. Zimmer in Immenga/Mestmäcker § 1 Rn. 257, BGH 13.1.1998 WuW/E DE-R 115 „Carpenter“.

<sup>202</sup> Zimmer in Immenga/Mestmäcker § 1 Rn. 259 m.w.N.

<sup>203</sup> BGH 22.4.1980 WuW/E BGH 1709, 1710 „Sortimentsabgrenzung“.

anderen FOC bzw. individuellen Outlets in Wettbewerb zu ihren Konkurrenten anbieten können.

275. Die Ermittlungen der Beschlussabteilung bei den Markenherstellern, die derzeit schon in Deutschland Ladenflächen in FOC angemietet haben, haben zunächst ergeben, dass die Markenhersteller ein erhebliches Interesse haben, weitere Ladenflächen in FOC anzumieten.
276. Auf die Frage, ob der Bedarf nach FOC-Ladenflächen bereits gedeckt sei oder ein weiterer Bedarf besteht, haben nur 12% der Markenhersteller geantwortet, dass ihr Bedarf gedeckt sei. Mehr als 50% der Hersteller haben dagegen angegeben, dass sie sogar drei oder mehr Geschäftslokale (10% der Antworten sogar mehr als 8 Ladenlokale) in den nächsten 5 Jahren anmieten würden, wenn für sie adäquate Standorte zur Verfügung stünden.<sup>204</sup> Die Befragung hat auch ergeben, dass die neuen Standorte nicht zu Lasten der vorhandenen Standorte gehen würden (so 95% der Antworten<sup>205</sup>).
277. Auf die Frage, ob Radiusklauseln ihre Möglichkeiten, in weiteren FOC Geschäftslokale zu errichten, spürbar einschränken, haben die Markenhersteller diese Frage zu 78% bejaht. Damit hat die Erhebung bei den Markenherstellern, die in Deutschland Ladenflächen in FOC angemietet haben, ergeben, dass sie einerseits noch einen Bedarf an der Anmietung von weiteren Ladenflächen in FOC haben und andererseits, dass sie durch Radiusklauseln in spürbarer Weise in ihren wettbewerblichen Handlungsspielräumen beschränkt werden.
278. Das Gewicht der Wettbewerbsbeschränkung wird zusätzlich dadurch erhöht, dass die Mietverträge, die die Antragsgegnerin im FOC Wertheim unter Verwendung der Radiusklausel abgeschlossen hat, fast durchweg eine Laufzeit von zehn Jahren haben. Dadurch wird die im Allgemeinen sogar für rechtlich zulässige Wettbewerbsverbote übliche Höchstlaufzeit von 5 Jahren weit überschritten, so dass auch unter diesem Aspekt die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung gegeben ist.

---

<sup>204</sup> Siehe Vermerk über die Auswertung der Befragung Verfahrensakte Band, V Bl. 343, 345.

<sup>205</sup> Siehe Vermerk über die Auswertung der Befragung Verfahrensakte Band, V Bl. 343, 347.

279. Diese wettbewerblichen Wirkungen der Radiusklauseln wird auch durch die Stellungnahmen bestätigt, die Mieter des FOC Wertheim im vorliegenden Verfahren abgegeben haben.
280. So hat der Markenhersteller X6 mit Schreiben vom 17.7.2013 in seiner Stellungnahme ausgeführt, dass aus Sicht des Unternehmens Radiusklauseln generell abzulehnen seien, da sie die Expansionsmöglichkeiten des Unternehmens behinderten und damit den Verkauf der Produkte einschränkten.<sup>206</sup>
281. Der Markenhersteller X7 hat mit Schreiben vom 23.7.2013 vorgetragen, dass Radiusklauseln nach ihrer Erfahrung ausschließlich von Vermieterseite in den Vertrag eingebracht werden. Eine Radiusklausel falle umso rigoroser aus, je attraktiver das FOC ist. FOC seien zwar auf einen gewissen Gebietschutz angewiesen, da sie im Vergleich zum lokalen Einzelhandel Kunden aus einem erheblich größeren Einzugsbereich ansprechen würden. Wenn mehrere FOC in einer zu geringen Nähe angesiedelt werden würden, käme es zu einer Kannibalisierung der Standorte, die deren wirtschaftliche Tragfähigkeit infrage stellen würde. Zur Vermeidung dieser Effekte sei eine Radiusklausel in einem Umfang von maximal 80 km angemessen. Darüber hinaus gehende Radiusklauseln würden dagegen den Wettbewerb unangemessen beschränken.<sup>207</sup>
282. Auch nach Ansicht von X8 hat eine Radiusklausel, insbesondere eine Regelung, die einem Umkreis von 150 km sperrt, erhebliche Auswirkungen auf den Markt. Weiter hat das Unternehmen mitgeteilt, dass die von Franconia verwendete Radiusklausel nicht verhandelbar sei sondern Franconia auf deren Einhaltung bestehe.<sup>208</sup>
283. Sehr ausführlich hat X9 zu der Problematik von mietvertraglichen Radiusklauseln Stellung genommen. Nach Auffassung von X9 verstoßen Radiusklauseln gegen das Kartellverbot. Als sachlich relevanter Markt sei die Überlassung von Geschäftsflächen in FOC zugrunde zu legen, weil sich die Radiusklausel nur auf Auslaufmodelle, Restposten, Waren für Markttestzwecke, Überhangproduktion und Waren 2. Wahl bezieht, die in FOC vertrieben würden. Als räumlich relevanter Markt sei der von den Radiusklauseln betroffene Umkreis heranzuziehen. Bei einer Radiusklausel handele

<sup>206</sup> Schreiben vom 17.7.2013, Verfahrensakte Bd. I Bl. 394.

<sup>207</sup> Schreiben vom 23.7.2013, Verfahrensakte Bd. I Bl. 450.

<sup>208</sup> Schreiben vom 30.7.2013, Verfahrensakte Bd. I Bl. 512f.



es sich um ein klassisches Wettbewerbsverbot, das den Kunden verbiete, entsprechende Leistungen auch von einem anderen FOC in einem bestimmten Umkreis zu beziehen. Ein solches Wettbewerbsverbot führe dazu, dass der Lieferant im Anwendungsbereich des Wettbewerbsverbots jeden Wettbewerb anderer Unternehmen durch Bedienung der Nachfrage seiner eigenen Kunden ausschaltet. Im Ergebnis würden durch die Radiusklausel im FOC vertretene Markenanbieter<sup>209</sup> daran gehindert, in einem anderen FOC innerhalb des von der Radiusklausel festgelegten Radius ein Geschäft zu betreiben. Der so bewirkte Abschottungseffekt sei nicht nur auf die im FOC vertretenen Markenanbieter beschränkt sondern habe darüber hinausgehende Wirkungen, weil die Inbestandnahme von Geschäftsflächen in FOC von Agglomerationseffekten, also einer Art „Sogwirkung“, gekennzeichnet sei. Der Nutzen, den ein Markenanbieter aus dem Betrieb einer Geschäftsfläche in einem FOC habe, steige aber mit der Präsenz anderer, zugkräftiger Markenanbieter in diesem FOC. Die Abschottung, insbesondere von zugkräftigen, aber auch die Abschottung anderer Marken durch den betreffenden Betreiber eines FOC behindere den Wettbewerb durch konkurrierende Betreiber von FOC nicht nur dadurch, dass die betreffenden Marken selbst nicht verfügbar seien. Eine solche Abschottung bewirke darüber hinaus auch, dass es für nicht gebundene Markenanbieter weniger attraktiv sei, sich in dem konkurrierenden FOC anzusiedeln. Eine Freistellung durch die Vertikal-GVO komme nicht in Betracht, sofern die Radiusklausel für eine Dauer von mehr als 5 Jahren vereinbart werde. Im Übrigen nutze ein auf dem Markt zur Überlassung von Geschäftsflächen in FOC in einem bestimmten Umkreis marktbeherrschendes Unternehmen, das seine Abnehmer dazu verpflichtet, ihren gesamten Bedarf oder einen beträchtlichen Teil desselben bei dem marktbeherrschenden Unternehmen zu beziehen, seine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich aus.<sup>210</sup>

## (2) Auswirkung auf die Wettbewerber

284. Das Wettbewerbsverbot, das Franconia in ihren Mieterträgen aufgenommen hat, untersagt den Mietern, in einem Luftradius von 150 km Ladenflächen in einem anderen FOC anzumieten. Damit werden jedoch nicht nur die Markenhersteller in ihren wettbewerblichen Handlungsspielräumen spürbar be-

<sup>209</sup> Der Eingebener spricht hier missverständlich vom Einzelhandel statt von Markenanbietern.

<sup>210</sup> Schreiben vom 5.8.2013, Verfahrensakte Bd. I Bl. 539.

schränkt, sondern auch die im Radius liegenden aktuellen und potenziellen FOC-Wettbewerber behindert. Denn diese können mit Mietern, die bereits Mieter bei Franconia sind, keine weiteren Mietverträge abschließen.

285. Dem kann Franconia nicht mit dem Argument wirksam entgegen treten, es stünden noch genügend andere Markenartikelhersteller für ihre Wettbewerber zur Verfügung, so dass jedenfalls keine Marktabstottung zu erwarten sei. Dabei kann letztlich dahingestellt bleiben, ob der Vortrag der Fashion Outlet Montabaur, zutreffend ist, dass ihr Marktzutritt durch die Radiusklausel der Franconia gefährdet ist oder nicht. Denn die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung für aktuelle und potenzielle Wettbewerber ergibt sich bereits allein durch die hohe Zahl der gebunden und qualitativ bedeutenden Markenartikler. Denn es kommt im Rahmen der Prüfung nach § 1 GWB nicht wie im Rahmen der Missbrauchsaufsicht darauf an, ob das bindende Unternehmen marktbeherrschend ist und die betroffenen Unternehmen keine zumutbare Ausweichmöglichkeit haben.
286. Soweit andere FOC im Verfahren Stellung genommen haben, hat insbesondere die my diary GmbH, die das FOC Ochtrup betreibt, umfangreich vorgebracht und im Wesentlichen den Vortrag von Franconia gestützt (siehe hierzu ausführlich Tz.13ff., 38f., 44). Insgesamt ist auch die Mehrheit der anderen FOC (5 von 8, ohne die FOC von Value Retail) der Auffassung, dass von den Radiusklauseln keine Behinderung ausgehe, weil es genügend Marken gäbe, die als potenzielle Mieter zur Verfügung stünden. Sieht man einmal davon ab, dass diese Antworten dadurch geprägt sein dürften, dass es sich um bereits etablierte FOC handelt, die ihrerseits Radiusklauseln verwenden, ist darüber hinaus festzustellen, dass zwei dieser fünf FOC (Berlin und Zweibrücken) aufgrund des weiten Abstandes zum nächstgelegenen FOC faktisch von Radiusklauseln nicht betroffen sind. Damit gehen drei der sechs FOC, die von Radiusklauseln ihrer benachbarten FOC betroffen sind, davon aus, dass Radiusklauseln sie im Wettbewerb spürbar oder sogar erheblich behindern.
287. Die F.O.C. Service Soltau GmbH hat vorgetragen, dass ihrer Meinung nach Radiusklauseln FOC begünstigen, die bereits länger im Markt tätig sind. Unternehmen, die die Eröffnung eines FOC beabsichtigen oder erst in jüngerer Zeit eröffnet haben, werde der Markteintritt und der Aufbau eines neu eröffneten FOC durch die Radiusklauseln erschwert. Aus der Sicht der

F.O.C. Service Soltau GmbH könnten Radiusklauseln mit einer geringeren räumlichen Ausdehnung in einer Anlaufphase für einen bestimmten Zeitraum gerechtfertigt sein.<sup>211</sup>

### (2.1) Quantitative Auswirkung der Radiusklauseln

288. Die Beschlussabteilung hat für die Frage, welche Markenartikelhersteller in welchem Umfang in den 10 inländischen FOC (siehe Tz. 147) tätig sind, diese FOC nach ihren Mietern befragt<sup>212</sup>. Die folgende Tabelle 6 fasst die Ergebnisse im Überblick zusammen.

Tab. 6: Präsenz einzelner Markenhersteller in deutschen FOC

(a) Anzahl der FOC, in denen eine bestimmte Marke vertreten ist	(b) Anzahl Marken- hersteller	(c) Anteil an allen 257 Marken- herstellern	ku- mu- lierter Anteil	(d) Anzahl vermietet er Läden =(a) x (b)	(e) Anteil an allen 711 Läden	ku- mu- lierter Anteil
10	4	1,6%	1,6%	40	5,6%	5,6%
9	5	1,9%	3,5%	45	6,3%	12,0%
8	6	2,3%	5,8%	48	6,8%	18,7%
7	9	3,5%	9,3%	63	8,9%	27,6%
6	9	3,5%	12,8%	54	7,6%	35,2%
5	16	6,2%	19,1%	80	11,3%	46,4%
4	20	7,8%	26,8%	80	11,3%	57,7%
3	29	11,3%	38,1%	87	12,2%	69,9%
2	55	21,4%	59,5%	110	15,5%	85,4%
1	104	40,5%	100%	104	14,6%	100%
<b>Summe</b>	<b>257</b>	<b>100%</b>		<b>711</b>	<b>100%</b>	

289. Insgesamt haben demnach in den 10 befragten FOC 257 verschiedene Markenhersteller 711 Ladenlokale angemietet. Es zeigt sich, dass nur relativ wenige Markenhersteller flächendeckend in Deutschlands FOC vertreten sind, während eine große Mehrheit von Markenherstellern nur in einem oder zwei FOC ein Ladenlokal angemietet hat. Die Bedeutung weniger Markenartikelhersteller für ein FOC wird offensichtlich, wenn sie im Verhältnis zur Gesamtzahl der insgesamt vermieteten Läden betrachtet wird.

290. Aus Tabelle 6 geht hervor, dass 69, also etwa ein Viertel (ca. 26,8%) aller in deutschen FOC vertretenen Markenhersteller, über die Hälfte (57,7%) der

<sup>211</sup> Schreiben von GleissLutz vom 14.8.2013 für die F.O.C. Service Soltau GmbH, Verfahrensakte Bd. II, Bl. 54, 55.

<sup>212</sup> Nicht berücksichtigt sind Gastronomiebetriebe, Banken, Tankstellen, die zwar Mieter sein können, aber eindeutig keine Markenhersteller im Sinne eines FOC sind.

deutschen FOC-Läden anmietet. Dies bedeutet, dass einerseits eine relativ kleine Gruppe von Markenherstellern dem FOC-Verkauf eine besondere Bedeutung beimisst. Gleichzeitig bedeutet dies aber vor allem, dass diesen Marken auch von Seiten der FOC eine besondere Bedeutung, d.h. Attraktivität, beigemessen wird, um Kunden zu einem Einkauf in ihr FOC zu bewegen. Denn der Markenmix ist der entscheidende Wettbewerbsparameter für die Attraktivität eines FOC.

291. Diese Ermittlungsergebnisse sind zudem auch bei Betrachtung jedes einzelnen FOC robust. Bei keinem FOC weicht der Wert erheblich vom oben ermittelten Durchschnitt (58%) ab, die Spanne reicht von 49% bis 69%. Dies bedeutet, dass alle 10 FOC diesen 69 Marken einen besonderen Stellenwert im Rahmen ihres Mietermixes beimessen. Der Anteil dieser bedeutenden Marken liegt im FOC Wertheim mit ca. 55% eng beim Durchschnittswert aller FOC.
292. Nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung können daher die rein quantitativen Auswirkungen des von Franconia verwendeten Wettbewerbsverbotes auf den am Markt wie folgt zusammengefasst werden:
293. Das FOC Wertheim verfügt über 104 von 257 Markenherstellern, die Ladenlokale in den inländischen FOC betreiben. Damit könnte das FOC Wertheim potenziell 41% aller wichtigen Markenhersteller in Deutschland für alle aktuellen und potenziellen Wettbewerber im Umkreis von 150 km sperren. Tatsächlich unterliegen nur 82 Marken<sup>213</sup> im FOC Wertheim einem Wettbewerbsverbot in einem 150 km-Radius, so dass effektiv 32%, also nahezu jede dritte der in deutschen FOC vertretenen Marken gesperrt ist.
294. Das wettbewerbliche Gewicht der Sperrung wird aber erst deutlich, wenn die vom FOC Wertheim ausgehende Sperrwirkung auf die für FOC in Deutschland besonders wichtigen 69 Markenhersteller bezogen werden. Von diesen 69 der wichtigsten Mieter, die fast 60% aller FOC-Läden in Deutschland angemietet haben, werden auf Grund der Radiusklausel von 150 km 62% -also fast zwei Drittel- gesperrt.
295. Eine solche Sperrwirkung führt insbesondere für potenzielle Wettbewerber bzw. Wettbewerber, die -wie das Fashion Outlet Montabaur- kurz vor dem Markteintritt stehen zu einer erheblichen Behinderung im Wettbewerb. Denn

<sup>213</sup>

Ohne die individuellen Freistellungen von Wettbewerbsverbot im Hinblick auf die Outlet-City Metzgingen.

zum einen ist ein Marktzutritt aufgrund der sehr hohen Anforderungen des notwendigen Planfeststellungsverfahrens schon außerordentlich schwierig und zum anderen wird dieser zusätzlich erheblich erschwert, wenn ein marktzutrittswilliges Unternehmen wegen eines bestehenden Wettbewerbsverbotes auf fast zwei Drittel seiner potenziell wichtigsten Kunden verzichten muss.

## (2.2) Qualitative Auswirkung der Radiusklauseln

296. Das wettbewerbliche Gewicht der Sperrwirkung für das Fashion Outlet Montabaur geht qualitativ noch über die vorgenannte quantitative Auswirkung hinaus.
297. Soweit Franconia vorträgt, dass nach ihren Berechnungen die Mieter, die in vielen FOC präsent sind, nicht auch die größten Umsätze/qm erzielen, mag für das FOC Wertheim zutreffen.<sup>214</sup> Dies sagt allerdings nichts über die Bedeutung der vorgenannten wichtigen 69 Marken für ein FOC aus. Zum einen ist nicht der Umsatz/qm entscheidend, sondern die erzielbaren Mieteinnahmen. Bei den Mieteinnahmen sind aber nur [REDACTED] [20-30]% umsatzbasiert. Darüber hinaus wäre es sogar höchst zweifelhaft für die Bedeutung einer Marke die Mieteinnahmen/qm zugrunde zu legen. Denn, wie der Gutachter von Franconia selbst dargelegt hat, machen manche kleine Läden sehr hohe Umsätze/qm und manche große Läden kleine Umsätze/qm.<sup>215</sup> Grund hierfür ist, dass unterschiedliche Produktgruppen und unterschiedliche Produkte eine völlig unterschiedliche Umsatzproduktivität/qm erzielen können und diese nicht notwendigerweise mit der Markenbedeutung und/oder der Präsenz in deutschen FOC in Zusammenhang stehen müssen. So kann ein FOC-Betreiber Produkte z.B. nicht nur an Schuhläden vermieten, weil diese –einmal unterstellt– besonders hohe Umsätze/qm oder Mieteinnahmen/qm erzielen. Er könnte seine Läden auch nicht nur an Herstellermarken mit einem besonders exklusiven Image vermieten, selbst wenn diese für sich genommen hohe Umsätze und hohe Mieteinnahmen erwarten lassen würde. In einem solchen Fall wären vermutlich der Gesamtumsatz und die Gesamtmieteinnahmen nicht zu maximieren, weil ein solches FOC auf einen zu kleinen, wenn auch exquisiten, Kundenkreis ausgerichtet wäre. Aus Sicht eines FOC-Betreibers kommt es daher gerade auf den „richtigen“ Mietermix an und gerade nicht

<sup>214</sup> Schriftsatz vom 19.12.2014, S. 24f., Verfahrensakte Bd.VIII Bl.34.

<sup>215</sup> CRA, Memorandum, S. 5, Verfahrensakte Band VIII, Bl. 234, 238.

auf eine Auswahl, die sich an einen einzelnen Faktor, wie z.B. dem Umsatz/qm, ausrichtet. Dies scheint Franconia im Grundsatz nicht einmal anders zu sehen.<sup>216</sup>

298. Die Beschlussabteilung maß sich daher auch nicht an, selbst beurteilen zu können, welche Marken für ein FOC von besonderer Bedeutung sind. Vielmehr spiegelt sie nur die in der Realität gefundene Verteilung wieder. Aus dem Umstand, dass die Gruppe der gefundenen 69 Marken, die nur ca. 25% der in Deutschland in FOC präsenten Marken darstellen, fast 60% aller FOC-Läden angemietet haben, schließt die Beschlussabteilung, dass dies kein Zufall sondern Ausdruck einer übereinstimmenden Beurteilung ist, dass diese Marken für im gesamten Mietermix einen hohen Stellenwert für die FOC in Deutschland haben. Dies gilt insbesondere deshalb, weil die Marken aus der Gruppe der 69 bedeutsamen Marken in allen 10 FOC einen hohen Anteil (zwischen 49% und 69%) an den vermieteten Läden haben. Wären diese Marken für die deutschen FOC nicht von erheblicher Bedeutung, sondern beliebig durch andere Markenhersteller zu ersetzen –von denen es nach Auffassung von Franconia Hunderte geben soll-, wäre eine solche Konzentration auf bestimmte Marken nicht zu erklären. Im Gegenteil, dann würden die FOC das tun, was Franconia behauptet, nämlich versuchen, sich durch ein deutlich unterschiedliches Angebot anderer, aber gleichwertiger Marken voneinander zu unterscheiden.<sup>217</sup> Tatsächlich werden in den FOC aber knapp 57,7% der Läden an Marken aus der Gruppe der 69 bedeutsamen Markenhersteller vermietet.
299. Wie dargestellt, gilt die vorangestellte quantitative Betrachtung der Gruppe der bedeutsamen Marken auch für das FOC Wertheim, da das FOC Wertheim ca. 55% seiner Läden an Markenhersteller aus der Gruppe der bedeutsamen Marken vermietet hat. Die qualitative Bedeutung geht sogar noch über die quantitative hinaus, da das FOC Wertheim [65-75]% seiner Mieteinnahmen mit diesen Mietern erzielt.
300. Darüber hinaus hat die Beschlussabteilung durch ihre Ermittlungen festgestellt, dass es auch einen Zusammenhang zwischen der qualitativen und der quantitativen Bedeutung der Marken gibt.

<sup>216</sup>

Schriftsatz vom 19.12.2014, S. 24, Verfahrensakte Bd.VIII Bl.34.

<sup>217</sup>

Schriftsatz vom 19.12.2014, S. 15, Verfahrensakte Bd.VIII Bl.25.

301. Die Beschlussabteilung hat alle 10 FOC nach der wettbewerblichen Bedeutung der in Deutschland in FOC vertretenen Haupt- und Nebenmarken befragt. Bedeutung war hierbei definiert als eine Gesamtbewertung verschiedener Kriterien, wie die Bedeutung der Marke, ihre Anziehungskraft auf Kunden und ihr Umsatzpotenzial. Die Bedeutung konnte durch Ankreuzen auf einer Skala von 1 (sehr gering) bis sehr hoch (5) erfolgen.<sup>218</sup>
302. Bis auf das FOC Wertheim und Ingolstadt haben alle FOC geantwortet. Die FOC von Value Retail sahen sich außer Stande eine Bewertung abzugeben.<sup>219</sup> Dies steht allerdings im Gegensatz zu internen Unterlagen des FOC Wertheim, nach denen es eine Vielzahl von Marken aufgelistet hat, die es als „must have“ bezeichnet.<sup>220</sup>
303. Die verbliebenen acht FOC haben insgesamt 346 Haupt- und Nebenmarken bewerten können.<sup>221</sup> Die Beschlussabteilung hat die Antworten im Hinblick auf die Hauptmarken ausgewertet, da deren Hersteller regelmäßig die FOC-Läden anmieten und in ihnen regelmäßig ihre Nebenmarken mit ihren Hauptmarken zusammen verkaufen. So verkaufen die knapp über 100 Markenhersteller im FOC Wertheim insgesamt weit über 200 Haupt- und Nebenmarken.<sup>222</sup>
304. Die Auswertung hat zum Ergebnis gebracht, dass im Grundsatz Marken, die besonders stark in den FOC vertreten sind, eine überdurchschnittliche Bedeutung durch die FOC-Betreiber zugemessen wird.<sup>223</sup>

---

<sup>218</sup> Verfahrensakte Band IV, Bl. 100, 108.

<sup>219</sup> Verfahrensakte Band IX, Bl. 69.

<sup>220</sup> Verfahrensakte Band IX, Bl. 20ff.

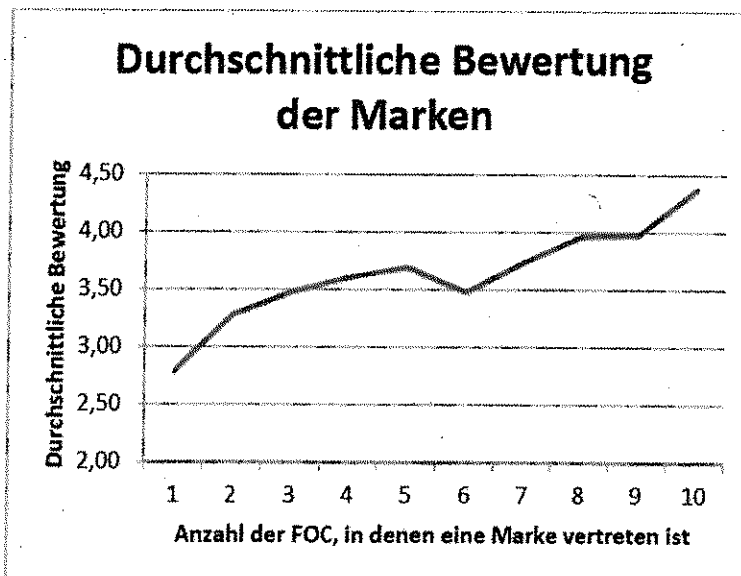
<sup>221</sup> Verfahrensakte Band VIII, Bl. 476ff.

<sup>222</sup> Verfahrensakte Band IV, Bl. 221.

<sup>223</sup> Die Gesamtanzahl der Marken unterscheidet sich von der Tabelle 6, weil für insgesamt 17 Marken, davon 1 Marke, die in 2 FOC und 16 Marken die in 1 FOC vorkommt, keine Bewertung vorliegt.

Tab. 7: Bedeutung und Präsenz der Marken

Anzahl der FOC, in denen eine bestimmte Marke vertreten ist	Anzahl Markenhersteller	Durchschnittliche Bewertung der Markenbedeutung
10	4	4,38
9	5	3,98
8	6	3,96
7	9	3,74
6	9	3,48
5	16	3,69
4	20	3,61
3	29	3,48
2	54	3,28
1	87	2,78
	<b>240</b>	



305. Die vorangestellte Tabelle und deren graphische Darstellung zeigen deutlich, dass die FOC-Betreiber ihre Läden besonders häufig an die Markenhersteller vermieten, die sie für bedeutsam halten.
306. Eine nähere Analyse der Daten hat darüber hinaus ergeben, dass in der Gruppe der Marken, die in nur wenigen (maximal drei) der insgesamt 10 FOC vertreten sind, im Hinblick auf deren Bedeutung zwei sehr unterschiedliche Arten von Marken vertreten sind. Auf der einen Seite gibt es in dieser Gruppe Marken denen eine sehr hohe Bedeutung und Marken, denen eine unterdurchschnittliche Bedeutung beigemessen wurde. Mit anderen



Worten, in dieser Gruppe befinden sich zwei Markenkategorien mit signifikant unterschiedlicher Bedeutung.

307. Soweit Marken eine überdurchschnittlich hohe Bedeutung beigemessen wird, sie aber nur in wenigen FOC präsent sind, handelt sich im Grundsatz um exklusive Marken, die zwar jedes FOC gerne haben möchte (z.B. Prada) aber der Hersteller –entweder um sein exklusives Image aufrecht zu erhalten oder weil er möglicherweise auch nur über eine begrenzte Menge an FOC-Ware verfügt- nur in wenigen und entsprechend hochwertigen FOC präsent sein will. Soweit einer Marke eine eher unterdurchschnittliche Bedeutung beigemessen wird, wird man unterstellen müssen, dass in einem solchen Fall das FOC entweder keine höherwertigen bzw. umsatzstärkeren Marken an sich binden konnte, oder diese Marken von dem FOC als eine sinnvolle Ergänzung zu der Gruppe der bedeutsamen Marken angesehen wurde, um den von ihm angestrebte Mietermix zu realisieren.
308. Dieser Zusammenhang ergibt wird in der folgenden Tabelle deutlich

**Tab. 8: Verteilung der Marken nach Bedeutung und Präsenz**

Anzahl der FOC, in denen die so bewerteten Marken vertreten sind													
Bedeutung	10	9	8	7	6	5	4	4-10	3	2	1	1-3	
4-5	3	3	3	4	1	6	5	25	6	10	9	25	50
3,5-4	0	1	2	2	3	1	6	15	6	11	8	25	40
3-3,5	1	1	1	2	3	6	7	21	11	18	16	45	66
über 3	4	5	6	8	7	13	18	23	39	33			156
2,5-3	0	0	0	1	2	3	2	8	5	13	20	38	46
2-2,5	0	0	0	0	0	0	0	0	1	2	17	20	20
1,5-2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	13	13	13
1-1,5	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	4	5	5
unter 3	0	0	0	1	2	3	2	6	16	54			84
	4	5	6	9	9	16	20	69	29	55	87	171	240

309. Aus der vorangestellten Tabelle ist erkennbar, dass nahezu alle (88%) von den 69 Marken, die eine hohe Präsenz in den FOC (oben gelb markiert) haben, auch eine überdurchschnittliche Bedeutung beigemessen wird. Sie wurden von den FOC im Durchschnitt mit 3,9 bewertet. Nur 8 (12%) der Marken mit hoher Präsenz (oben blau markiert) erreichen mit einem Durchschnittswert von 2,8 eine unterdurchschnittliche Bedeutung.

310. Die Marken mit einer geringen Präsenz in den FOC (vertreten in 1-3 FOC) erreichen von den FOC im Durchschnitt zwar noch eine Bewertung von 3,2; die Einzelbewertungen weichen aber deutlich voneinander ab. So erreichen die Marken mit geringer Präsenz und hoher Bewertung (oben grün markiert) einen Durchschnittswert von 3,7. Dagegen erreicht der Durchschnittswert der Marken mit geringer Präsenz und unterdurchschnittlicher Bedeutung (oben rot markiert) nur einen Wert von 2,3. Darüber hinaus kann festgestellt werden, dass sich die Verteilung der überdurchschnittlich bewerteten Marken hinsichtlich ihrer Präsenz in den verschiedenen FOC deutlich unterscheiden. Von den 95 Läden, die insgesamt von den Marken angemietet werden, die einen Wert von 3,5 oder höher erreichen, befinden sich 87 in den größeren FOC, wogegen von diesen Marken in den kleineren FOC, wie Soltau, Ochtrup, Ochtum und Wolfsburg nur 8 Läden angemietet wurden.
311. Im Ergebnis kann daher festgestellt werden, dass die Schlussfolgerung der Beschlussabteilung, dass den Marken aus der Gruppe 69 Marken mit hoher FOC-Präsenz eine besondere Bedeutung zukommt, bei qualitativer Betrachtung noch verstärkt wird.
312. Denn während bei der Gruppe der 69 Marken eine hohe Interessenübereinstimmung besteht, nämlich einerseits das Interesse der FOC, an Marken mit hoher Bedeutung zu vermieten und andererseits eine Interesse der Markenanbieter, in mehreren FOC vertreten zu sein, fällt dieses gemeinsame Interesse bei den übrigen Marken deutlich auseinander. Während FOC ein gesteigertes Interesse haben, exklusive Marken an sich zu binden, um die Attraktivität ihres FOC zu erhöhen, besteht bei den exklusiven Marken oft nur ein geringes Interesse, mehrere Läden anzumieten und wenn, nur dann, wenn das FOC ihrem exklusiven Anspruch genügen kann. Demgegenüber werden weniger bedeutsame Marken bei den FOC eher Schwierigkeiten haben, da sie zur Attraktivität und Umsatz nur weniger beitragen können. Dies verdeutlichen auch die nicht nur bei Value Retail praktizierten Remerchandising-Programme, nach denen fortlaufend weniger umsatzstarke Marken durch bessere Marken ersetzt werden sollen. Dieser Sachverhalt wird auch dadurch sichtbar, dass die durchschnittliche Bedeutung der Marken, die nur einmal in einem FOC vorkommen, bei den größeren FOC mit einem Wert von 3,1 immer noch knapp überdurchschnittlich bewertet sind, wogegen dieser Wert bei den kleineren FOC, wie Soltau, Ochtrup, Ochtum und Wolfsburg mit 2,2 deutlich unter dem Durchschnitt liegt.

313. Für potenzielle Wettbewerber bzw. vor dem Marktzuritt stehende FOC, wie das Fashion Outlet Montabaur, ist der aufgezeigte Zusammenhang zwischen Marktbedeutung der Marken und Marktpräsenz wiederum von besonderem Gewicht. Zum Einen sind sie wie die bereits im Markt tätigen Wettbewerber darauf angewiesen, Zugang zu der Gruppe der 69 wichtigen Marken zu haben, da diese von allen FOC offensichtlich als Kernbestandteil eines wirtschaftlich erfolgreichen Markenmixes angesehen werden. Zum Anderen wäre die Sperrung dieser Marken besonders gravierend, weil es für sie nur sehr wenige angemessene Möglichkeiten gibt, diese Marken zu substituieren. Gerade Newcomer haben eine weit geringere Chance als im Markt etablierte FOC exklusive Marken an sich zu binden, die ohnehin nur gewillt sind, in wenigen FOC Läden zu eröffnen. Auch Marken von unterdurchschnittlicher Bedeutung können diese Kernmarken nicht adäquat ersetzen, denn sie können nicht in gleicher Weise den wirtschaftlichen Erfolg eines FOC sichern. Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass bei einem Markenmix, der wesentlich durch Marken von unterdurchschnittlicher Bedeutung geprägt ist, das Anwerben höherwertiger oder sogar exklusiver Herstellermarken in der Zukunft zusätzlich erschwert wird.

### **(3) Ergebnis zur Spürbarkeit des Wettbewerbsverbotes**

314. Vor dem Hintergrund der regelmäßig 10-jährigen Laufzeit der Verträge und dem Umstand, dass Franconia auf dem betroffenen sachlichen und räumlichen Markt nur einem geringen räumlichen Randwettbewerb in seinem Angebot von Ladenflächen in FOC ausgesetzt ist, ist nahezu jede Beeinträchtigung von Wettbewerb und insbesondere die mögliche Beeinträchtigung von Marktzutritten als eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung zu werten. Das Wettbewerbsverbot der Franconia bewirkt jedoch nicht nur eine spürbare, sondern eine erhebliche Wettbewerbsbehinderung, und zwar insbesondere für das Fashion Outlet Montabaur.
315. Selbst dann, wenn im vorliegenden Fall auf die Spürbarkeitsgrenze von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen abgestellt werden müsste, wie sie in der Bagatellbekanntmachung der Kommission geregelt ist, wäre die Spürbarkeit hier gegeben. Denn Franconia überschreitet die Marktanteilsschwelle von 15%<sup>224</sup> deutlich. Soweit Franconia der Auffassung ist, dass ihr Marktanteil jedenfalls unter 15% liege, so dass die Einleitung eines Verfahrens auf

<sup>224</sup>

Vgl. Bunte in Langen/Bunte § 1 Rn. 242.

der Grundlage von § 1 GWB, Art. 101 AEUV weder nach der Bagatellbekanntmachung des Bundeskartellamtes noch nach der de minimis Bekanntmachung der Kommission in Betracht komme<sup>225</sup>, so geht Franconia erkennbar von einer unzutreffenden sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung aus (siehe hierzu im Einzelnen Tz. 82ff. Tz. 103ff.).

316. Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, dass nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung das Wettbewerbsverbot, das Franconia in ihren Mietverträgen aufgenommen hat, jedenfalls eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung bewirkt. Dies gilt sowohl im Hinblick auf die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen für die Mieter von Franconia als auch für die Wettbewerber, die ihren Standort im 150 km Luftradius um den Standort des FOC Wertheim haben und insbesondere für die potenziellen Wettbewerber, wie das Fashion Outlet Montabaur, die einen Marktzutritt in diesem Gebiet beabsichtigen.

### 3.2.2.2 Keine Freistellung nach der Gruppenfreistellung für vertikale Vereinbarungen

317. Die in den Mietverträgen der Franconia verwendete Radiusklausel fällt nicht in den Anwendungsbereich einer Gruppenfreistellungsverordnung, da Miet- und Leasingvereinbarungen als solche nicht unter die vorliegend in Betracht kommende Vertikal-GVO fallen. Grund dafür ist, dass der Vermieter keine Waren oder Dienstleistungen an den Abnehmer verkauft, was für die Anwendbarkeit der GVO vorausgesetzt wird.<sup>226</sup>
318. Selbst wenn, wie Franconia im Eilverfahren vor dem LG Mannheim vorgebracht hat<sup>227</sup>, die vorliegend im Rahmen des Mietverhältnisses zusätzlich erbrachten Dienstleistungen genügen sollten –was hier bestritten wird aber letztlich offen bleiben kann<sup>228</sup>– um die Anwendbarkeit der Vertikal-GVO zu begründen, wäre die von Franconia verwendete Radiusklausel von der Vertikal-GVO nicht freigestellt.
319. Nach Artikel 5 Abs. 1 a) Vertikal-GVO gilt die Freistellung nach Artikel 2 nicht für unmittelbare oder mittelbare Wettbewerbsverbote, die für eine unbe-

<sup>225</sup> Verfügungserwiderung an das Landgericht Mannheim vom 17.5.2013, S. 40, Anlagenband I, Bl. 40.

<sup>226</sup> Leitlinien für vertikale Beschränkungen ABl. 2010/C 130/01, Rn. 26.

<sup>227</sup> Verfügungserwiderung an das Landgericht Mannheim vom 17.5.2013, Seite 44, Anlagenband I, Bl. 44.

<sup>228</sup> Das Nebenkostenbudget betrug nach Darstellung von Franconia 2012 rd. 7 Mio. €. vgl. Anlage 14 der Verfügungserwiderung in Anlagenband I.

stimmte Dauer oder für eine Dauer von mehr als fünf Jahren vereinbart werden.<sup>229</sup> Wie oben bereits ausgeführt (siehe Tz. 71), haben die Mietverträge, die Franconia im FOC Wertheim unter Verwendung der Radiusklausel abgeschlossen hat, fast durchweg eine Laufzeit von zehn Jahren.

320. Auch soweit Franconia in ihrem vorgenannten Schriftsatz gegenüber dem Landgericht Mannheim vorgetragen hat, dass nach Artikel 5 Abs. 2 Vertikal GVO Wettbewerbsverbote im Rahmen von Mietverhältnissen für die gesamte Vertragsdauer zulässig seien,<sup>230</sup> ist dies unzutreffend. Nach Artikel 5 Abs. 2 Vertikal GVO gilt die Fünfjahresfrist nur dann nicht, wenn die Waren oder Dienstleistungen vom Abnehmer „in Räumlichkeiten und auf Grundstücken verkauft werden, die im Eigentum des Anbieters stehen oder von diesem von nicht mit dem Abnehmer verbundenen Dritten gemietet oder gepachtet worden sind“. In diesen Fällen kann das Wettbewerbsverbot solange gelten, wie der Abnehmer die Verkaufsstätte nutzt (Artikel 5 Absatz 2 GVO). Der Grund für diese Ausnahmebestimmung liegt allerdings darin, dass von einem Anbieter normalerweise nicht erwartet werden kann, dass er den Verkauf konkurrierender Produkte in den Räumlichkeiten und auf den Grundstücken, die in seinem Eigentum stehen, ohne seine Erlaubnis zulässt.<sup>231</sup> Im vorliegenden Fall geht es aber nicht darum, dass Franconia den Verkauf konkurrierender Produkte in den Räumlichkeiten und auf den Grundstücken, die in ihrem Eigentum stehen, mit dem Wettbewerbsverbot untersagen will. Vielmehr hat Franconia mit dem Wettbewerbsverbot ihren Mietern die Eröffnung eines Ladens in einem anderen FOC im Radius von 150 km um ihr FOC in Wertheim untersagt. Franconia beruft sich daher zu Unrecht auf die Ausnahmevorschrift nach Artikel 5 Abs. 2 Vertikal GVO, so dass nach Artikel 5 Abs. 1 a) Vertikal-GVO die Freistellung nach Artikel 2 für die länger als fünf Jahre bemessenen Radiusklauseln der Antragsgegnerin nicht gilt.

### 3.2.2.3 Keine Freistellung nach § 2 Abs. 1 GWB

321. Auch die Freistellungsvoraussetzungen nach § 2 Abs. 1 GWB liegen hier nicht vor. Das in den Mietverträgen der Franconia vereinbarte Wettbewerbsverbot stellt keine Vereinbarung zwischen Unternehmen dar, die zur Verbesserung der Warenverteilung führt und eine angemessene Verbraucherbe-

<sup>229</sup> Vgl. auch Leitlinien für vertikale Beschränkungen Rn. 66.

<sup>230</sup> Verfügungserwiderung an das Landgericht Mannheim vom 17.5.2013, Seite 44, Anlagenbd. I, Bl. 44.

<sup>231</sup> Leitlinien für vertikale Beschränkungen Rn. 67.

teilung erkennen lässt. Im Übrigen werden den Mietern durch die Radiusklausel in ihrem sachlichen, zeitlichen und räumlichen Umfang Beschränkungen auferlegt, die für die Verwirklichung der in § 2 Abs. 1 GWB genannten Ziele nicht unerlässlich sind.

322. Soweit Franconia vorträgt, dass durch FOC weitere Absatzmöglichkeiten für Markenhersteller geschaffen werden, ohne deren Einzelhandelsstrategie zu beeinflussen, so gilt dies zunächst für alle FOC, einschließlich für die, die durch das Wettbewerbsverbot in ihrer Tätigkeit eingeschränkt oder behindert werden. Dies gilt insbesondere vor dem Umstand, dass –wie Franconia selbst vorträgt– sich im Gegensatz zu anderen europäischen Ländern die FOC-Branche in Deutschland noch im Aufbau befindet. Gerade in einer solchen Marktphase stellt sich das Wettbewerbsverbot nicht nur als eine Behinderung konkreter aktueller oder potenzieller Wettbewerber, sondern als eine erhebliche Beeinträchtigung der strukturellen Wettbewerbsbedingungen dar.
323. Soweit Franconia darstellt, dass sie erhebliche Anfangsinvestitionen und laufende Investitionen getätigt habe, dass das Wettbewerbsverbot zur besseren Auslastung führe und sie ohne das Wettbewerbsverbot aufgrund ihrer auch umsatzbezogenen Berechnung der Miete geringere Mieteinnahmen zu befürchten habe, verkennt sie, dass diese Argumente keine Verbesserung der Warenversorgung belegen. Mit diesen Argumenten stellt sie lediglich ihr Interesse an dem Wettbewerbsverbot dar. Bei der Prüfung nach § 1 GWB stellt sich aber im Gegensatz zu einem Missbrauchsverfahren nicht die Frage, ob der Betroffene eine sachliche Rechtfertigung für sein Tun belegen kann und ob sein Interesse vor dem Hintergrund der wettbewerbliehen Zielsetzung des Gesetzes abwägungsfähig und den widerstreitenden Interessen der Marktgegenseite oder der Wettbewerber vorrangig sind. Es geht im vorliegenden Verfahren schlicht um die Frage, ob die vereinbarte Wettbewerbsbeschränkung zur Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung dient. Insoweit ist auch der Vortrag Franconias unerheblich, dass das Fashion Outlet Montabaur möglicherweise noch zumutbare Ausweichmöglichkeiten hätte, andere Markenartikelhersteller zu finden, die nicht durch das vereinbarte Wettbewerbsverbot an Franconia gebunden sind. Auch hierauf kommt es bei der Prüfung nach § 1 GWB nicht an. Entscheidend ist ausschließlich, dass von dem Wettbewerbsverbot, das mehr als 100 Markenartikelhersteller betrifft eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung ausgeht.

324. Dass die Radiusklausel in ihrer konkreten Ausgestaltung nicht zur Verbesserung der Warenverteilung führt, zeigt sich schon daran, dass ein erheblicher Teil der befragten Mieter kundgetan hat, dass sie sich durch die Radiusklausel in ihren Absatzmöglichkeiten im FOC-Vertrieb behindert fühlen (siehe Tz. 277ff.). Mit der Radiusklausel, die nach Angaben der befragten Mieter allein auf Initiative des FOC Wertheim in die Mietverträge aufgenommen worden ist, wird also vielmehr die Warenverteilung eingeschränkt, denn den Markenherstellern bleibt als möglicher Standort zum Vertrieb ihrer Restwaren im Einzugsgebiet des FOC Wertheim –vom räumlichen Randwettbewerb abgesehen– nur das FOC Wertheim. Relevante Ausweichmöglichkeiten bestehen nicht, da die Überschneidungsgebiete mit anderen FOC nur gering sind.
325. Etwas anderes könnte allenfalls denkbar sein, wenn es um einen Marktzutritt ginge, da ein solcher Marktzutritt als eine Verbesserung der Warenversorgung angesehen werden kann. Hier könnte unter bestimmten Umständen eine Wettbewerbsbeschränkung dem Ziel dienen, überhaupt einen Marktzutritt abzusichern. Im vorliegenden Fall liegt dieser Sachverhalt erkennbar nicht vor, da der Marktzutritt von Franconia schon länger als 10 Jahre zurückliegt. Außerdem wäre eine solche Absicherung des Marktzutritts allenfalls vorübergehend –also für maximal 5 Jahre angemessen. Im Übrigen erscheint eine solche Beschränkung auf dem konkreten Markt ohnehin entbehrlich, weil in der Regel die Mietverträge langfristig geschlossen werden und damit ein gesicherter Marktzutritt durch die langfristige Bindung der Mieter erfolgt. Ein darüber hinaus gehendes Wettbewerbsverbot, das einen Vermieter dauerhaft vor Wettbewerb schützen soll, ist mit § 1 GWB jedenfalls nicht vereinbar, denn es ist erkennbar nur dem Ziel geschuldet, sich dem üblichen und vom Gesetz gewollten Wettbewerbsprozess zu entziehen.
326. Auch für die Verbraucher sind keine Vorteile erkennbar, denn durch die Radiusklausel werden die Einkaufsmöglichkeiten der Verbraucher im Einzugsgebiet sowohl des FOC Wertheim als auch des FOC Montabaur beschränkt.
327. Dem kann Franconia auch nicht entgegenhalten, dass durch das Wettbewerbsverbot sichergestellt werde, dass sich die Markenhersteller auf die von

ihnen ausgewählten Standorte konzentrieren<sup>232</sup>. Es ist nicht einmal erkennbar, welche Vorteile die Verbraucher durch ein „Konzentrieren auf einen ausgewählten Standort“ hätten oder welche vermeintlichen Nachteile damit verbunden wären, wenn Franconia diese „Konzentration auf einen ausgewählten Standort“ nicht sicherstellen würde.

328. Soweit Franconia vorgetragen hat, dass Zweck des Wettbewerbsverbotes sei, den Kunden ein attraktives Einkaufsziel und ihren Mietern eine Vielzahl potentieller Kunden anzubieten, und dass das Wettbewerbsverbot zur Erreichung dieses Ziels unerlässlich sei<sup>233</sup>, kann dem nicht gefolgt werden.
329. Dies ergibt sich schon allein daraus, dass die Mieter der Franconia Mietverträge mit einer Laufzeit von im Regelfall 10 Jahre abgeschlossen haben. Danach sind die Kunden langfristig an das FOC Wertheim gebunden, selbst wenn sie parallel im Fashion Outlet Montabaur Ladenflächen anmieten würden. Damit würde sich an dem Angebot im FOC Wertheim jedenfalls mittelfristig nichts ändern, selbst wenn die gebundenen Markenartikelhersteller sich zusätzlich im Fashion Outlet Montabaur Ladenflächen anmieten würden.
330. Im Ergebnis stellt das Wettbewerbsverbot eine Verschlechterung der Warenversorgung dar, die nicht im Interesse der Verbraucher liegt. Denn die Verbraucher, die in einem vom Wettbewerbsverbot betroffenen Gebiet liegen, können die Ware nur in einem FOC erwerben. Sie haben keine Wahlmöglichkeiten und müssen damit auch befürchten, dass aufgrund des fehlenden Wettbewerbs alternative Angebote eingeschränkt werden und damit auch die Angebotspreise höher sind als in einem wettbewerblichen Umfeld.
331. Noch gravierender wäre die Beschränkung der Einkaufsmöglichkeiten aus Verbrauchersicht, wenn der Vortrag des Fashion Outlet Montabaur zuträfe, dass ihr Marktzutritt durch das Wettbewerbsverbot verhindert werden könnte. Denn hierdurch würde nicht nur eine zusätzliche Einkaufsalternative im Überschneidungsgebiet des FOC in Wertheim und des Fashion Outlet Montabaur verhindert, sondern sogar den Verbrauchern, die außerhalb dieses Überschneidungsgebietes wohnen und derzeit nur durch das Fashion Outlet Montabaur ein Angebot erhalten könnten, die Möglichkeit in einem FOC einzukaufen, insgesamt abgeschnitten. Letztlich kommt es nicht darauf

<sup>232</sup> Verfügungserwiderung an das Landgericht Mannheim vom 17. Mai 2013 - Anlagenband I, Bl. 45.

<sup>233</sup> Verfügungserwiderung an das Landgericht Mannheim vom 17.5.2013, S. 45 f, Anlagenband 1, Bl. 45 f.



an, ob dieses wettbewerblich besonders negative Szenario eintreffen wird oder nicht. Denn alleine dadurch, dass den Mietern des FOC Wertheim eine alternative Mietmöglichkeit im Einzugsgebiet des FOC Wertheim untersagt ist und den Verbrauchern im Einzugsgebiet des FOC nur dieses FOC zur Verfügung steht, um die dort angebotene Ware zu erwerben, wird der Wettbewerb zwischen verschiedenen FOC-Standorten für die Markenartikelhersteller hinsichtlich der Ladenmiete und für die Verbraucher hinsichtlich der Endverkaufspreise der Waren spürbar beeinträchtigt.

332. Das Wettbewerbsverbot, das Franconia mit seinen Vermietern vereinbart hat, stellt damit keine Verbesserung des Warenbezugs dar, sondern führt zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu Lasten der Mieter, der Wettbewerber und der Verbraucher.
333. Da die positiven Freistellungsvoraussetzungen des § 2 Abs. 1 GWB bereits nicht erfüllt sind, kommt es auf die Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung im Grundsatz nicht mehr an. Allerdings ist diese auch nicht ersichtlich (siehe hierzu im Einzelnen zur Unverzichtbarkeit, Tz. 198ff. und Verhältnismäßigkeit, Tz. 251ff.).
334. Soweit Franconia hierzu Ausführungen macht, wiederholt sie im Wesentlichen ihre eigenen Interessen an der Wettbewerbsklausel. Die Klausel sei nötig, weil sie z.B. einen erheblichen Einzugsbereich benötige, den sie gegen Wettbewerb absichern müsse, und weil sie (auch) eine umsatzbezogene Miete vereinbart habe. Auch könne sie nur so ihre getätigten Investitionen zurück erhalten.<sup>234</sup>
335. Diese Argumente gehen bereits vom Grundsatz her fehl. Es kommt nicht darauf an, dass Franconia das Wettbewerbsverbot für unerlässlich hält, um ihr individuellen Interessen zu erreichen, sondern dass das Wettbewerbsverbot unerlässlich sein müsste, um die vorgetragenen Verbesserungen der Warenerzeugung und -verteilung zu erreichen. Da nach Auffassung der Beschlussabteilung das Wettbewerbsverbot aber zu keiner Verbesserung des Wettbewerbs im vorgenannten Sinne führt, kann das Wettbewerbsverbot dementsprechend auch nicht unerlässlich sein.
336. Aber selbst dann, wenn dem Wettbewerbsverbot noch Verbesserungen innewohnen sollten, ist jedenfalls nicht erkennbar, dass die vereinbarten Wettbe-

234

Verfügungserwiderung an das Landgericht Mannheim vom 17. Mai 2013 – Anlagenband I, Bl. 46.

werbsverbote sowohl in ihrem sachlichen, räumlichen –mit einem Radius von 150 km– als auch in zeitlicher Hinsicht –für die Dauer der gesamte Mietzeit– unerlässlich sein könnten. Insoweit ist das zwischen Franconia und ihren Mietern vereinbarte Wettbewerbsverbot auch mangels Unerlässlichkeit nicht nach § 2 Abs. 1 GWB freistellungsfähig.

337. Da die positiven Freistellungsvoraussetzungen des § 2 Abs.1 GWB nicht vorliegen, muss nicht weiter geprüft werden, ob das Wettbewerbsverbot, dass Franconia mit ihren Mietern vereinbart hat, die Möglichkeit eröffnet, für einen wesentlichen Teil der betroffenen Waren den Wettbewerb auszuschalten (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 GWB).

### 3.3. Gesamtbeurteilung

338. Nach Auffassung der Beschlussabteilung stellt das durch Radiusklauseln näher definierte Wettbewerbsverbot, das Franconia mit seinen Mietern vereinbart, eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar, weil sie den Wettbewerb so hinreichend beeinträchtigt, dass davon ausgegangen werden kann, dass die Prüfung ihrer Wirkungen nicht notwendig ist. Selbst dann, wenn die Radiusklausel nicht als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung anzusehen wäre, würde das Wettbewerbsverbot eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung bewirken, die keinesfalls freistellungsfähig ist.

### C. Ermessen

339. Die Beschlussabteilung hat Franconia im Rahmen ihres Ermessens nach § 32 Abs. 1, 2 S. 1 i.V.m. § 1 GWB verpflichtet, die weitere Durchführung des in Ziffer II. § 25.1 ihres Vertragsmusters aufgeführten und durch Radiusklauseln näher definierten Wettbewerbsverbotes abzustellen, soweit die Radiusklausel über einen Luftradius von 50 km und eine Laufzeit von 5 Jahren nach erstmaligem Abschluss des Mietvertrages hinausgeht.
340. Darüber hinaus wird Franconia gemäß Ziffer III. des Tenors nach § 32 Abs. 1 i.V.m. §§ 1 GWB verpflichtet, keine neuen Wettbewerbsverbote gemäß Ziffer I. einzuführen. Dies umfasst über die wortgleiche Neuverwendung hinaus zunächst auch kerngleiche Klauseln<sup>235</sup>, die z.B. lediglich eine andere Wortwahl mit gleicher wirtschaftlicher bzw. kartellrechtlicher Bedeutung oder Zielrichtung wie das nach Ziffer I. gegen § 1 GWB verstoßende Wettbewerbsverbot haben. Franconia hat bereits in der jüngeren Vergangenheit

<sup>235</sup> Vgl.: BGH, Urteil v. 29.06.2010, KZR 31/08, Rn. 51– nach juris

durch Schreiben an ihre Mieter<sup>236</sup> sowie durch Forderungen, Unterlassungserklärungen abzugeben,<sup>237</sup> versucht, dieses Wettbewerbsverbot weiter durchzusetzen. Da Franconia zudem die Feststellung des Verstoßes der Radiusklausel gegen § 1 GWB (Ziffer I. im Tenor) vollständig und umfassend bestreitet und keinerlei Anhaltspunkte vorliegen, dass deren Durchführung und deren Neuabschluss während der Dauer des vorliegenden Verfahrens ruhen, muss die Untersagung gemäß Ziffer II. im Tenor aufgrund der Wiederholungsgefahr auch auf Neuabschlüsse von Mietverträgen erstreckt werden.

341. Nach § 32 Abs. 1 GWB kann die Kartellbehörde dem Adressaten der Verfügung alle Maßnahmen aufgeben, die für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich und gegenüber dem Verstoß verhältnismäßig sind. Zur wirksamen Abstellung der festgestellten Zuwiderhandlung ist es erforderlich, Franconia eine weitere Durchführung der nach § 1 GWB verbotenen und gemäß § 1 GWB i.V.m. § 134 BGB<sup>238</sup> zivilrechtlich nichtigen Radiusklausel in ihren Mietverträgen sowie deren Neueinführung in Vereinbarungen (in Mietverträgen oder in etwaigen zu den Mietverhältnissen gehörenden Zusatzvereinbarungen) zu untersagen. Dazu gehört gemäß Ziffer II. des Tenors zum einen die Verpflichtung der Betroffenen, von der Durchsetzung der in den Mietverträgen enthaltenen Klauseln abzusehen. Um die faktische Fortwirkung der in den Mietverträgen vereinbarten Klauseln zu beseitigen, ist es zudem erforderlich, dass die Betroffene ihre Vertragspartner auf die Unwirksamkeit der Bestimmungen hinweist. Durch solche Anordnungen wird der festgestellte Verstoß gegen § 1 GWB wirksam beseitigt und künftigen Verstößen entgegengewirkt.

#### 1. Radiusklausel mit größerer Reichweite als 50 km

342. Eine Radiusklausel mit einer größeren Reichweite als 50 km stellt eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung für die Mieter und eine erhebliche Behinderung für potenzielle Wettbewerber von Franconia dar.
343. Gerade für neu in den Markt der Vermietung von Ladenflächen eintretende FOC-Betreiber, die für die Errichtung eines FOC ein hohes Investitionsvolumen aufbringen müssen und die ohnehin schon durch ein restriktives Planungsrecht in ihrer Standortwahl beschränkt werden, ist der Marktzugang

<sup>236</sup> Verfahrensakte Bd. I Bl. 374 sowie oben Tz. 240.

<sup>237</sup> Verfahrensakte Band VIII, Bl. 355R ff.

<sup>238</sup> Reg-BegrE, BT-Ds. 13/9720, S. 46.

in der Regel langwierig und später auch die Geschäftstätigkeit an zahlreiche planungsrechtliche Bedingungen und Auflagen geknüpft. Es ist daher nicht hinnehmbar, dass in einem durch derart hohe Marktzutrittsschranken geprägten Markt die Newcomer durch weitere Marktzutrittshindernisse in Gestalt von Radiusklauseln etablierter FOC-Betreiber mit einer größeren Reichweite als 50 km beeinträchtigt werden.

344. Auch für die Mieter von Franconia stellen Radiusklauseln mit einer größeren Reichweite als 50 km eine erhebliche Beschränkung ihrer wettbewerblichen Handlungsfreiheit dar. Nach dem Ergebnis der Ermittlungen sind für über 40% der in deutschen FOC vertretenen Markenanbieter Radiusklauseln überhaupt nicht gerechtfertigt. Lediglich eine Radiusklausel bis 50 km ist nach Meinung einer knappen Mehrheit der Mieter von Ladenflächen in FOC wirtschaftlich gerechtfertigt.<sup>239</sup> Nach Ansicht der Beschlussabteilung sollten die Mieter eines FOC zwar grundsätzlich ohne Beschränkung durch Radiusklauseln nach Maßgabe ihrer eigenen vertriebspolitischen Überlegungen selbst bestimmen können, in welchen weiteren FOC sie Ladenflächen anmieten wollen. Dabei kann es für sie sinnvoll sein, zusätzliche Ladenflächen in einem nah gelegenen FOC anzumieten bzw. mit zwei kleineren Läden in zwei benachbarten FOC statt mit nur einem größeren Laden in nur einem FOC vertreten zu sein oder auch ein Einzel-Outlet in einer in der Nähe liegenden Stadt zu betreiben. Die Beschlussabteilung beschränkt jedoch aus Ermessensgründen ihren Beschluss auf Radiusklauseln mit einer Reichweite von mehr als 50 km.

## **2. Radiusklausel mit einer längeren Laufzeit als fünf Jahre**

345. Unabhängig von ihrer räumlichen Dimension wären Radiusklauseln, die eine Laufzeit von mehr als fünf Jahren ab erstmaligem Abschluss eines Mietvertrages aufweisen, nicht ausreichend, um die Zuwiderhandlung gegen § 1 GWB abzustellen. Die Beschlussabteilung ist eigentlich der Ansicht, dass Franconia ihre laufenden Investitionen durch langfristige Mietverträge absichern und wie bereits andere vergleichbare FOC auf Radius-Klauseln in ihren Mietverträgen verzichten kann.
346. Die Beschlussabteilung beschränkt jedoch aus Ermessensgründen –in Orientierung an der zulässigen Dauer für Wettbewerbsverbote nach den

<sup>239</sup>

Siehe Vermerk über die Auswertung der Befragung, Verfahrensakte Band V Bl. 343, 349.

Vertikalleitlinien und mit Blick auf die grundsätzlich 10jährige Laufzeit der Mietverträge- ihren Beschluss auf Radiusklauseln mit einer Laufzeit von mehr als fünf Jahren nach erstmaligem Abschluss eines Mietvertrages.

### 3. Verbot von Regelungen oder Maßnahmen mit gleichartiger Wirkung

347. Gemäß Ziffer IV. des Tenors wird Franconia nach § 32 Abs. 1 i.V.m. §§ 1, 21 Abs. 2 GWB verpflichtet, das unter Ziff. II. untersagte Wettbewerbsverbot nicht durch Vereinbarungen oder Maßnahmen zu ersetzen, die wirtschaftliche Anreize setzen oder Nachteile verursachen, welche Mieter davon abhalten können, in anderen, mit dem FOC Wertheim konkurrierenden FOC Ladenflächen an-zumieten. Nach § 32 Abs. 1 GWB kann die Kartellbehörde dem Adressaten der Verfügung alle Maßnahmen aufgeben, die für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich und gegenüber dem Verstoß verhältnismäßig sind. Grundlage der Erweiterung ist die ernste Besorgnis einer drohenden Umgehung der in den Ziffern II. und III. des Tenors erfassten Wettbewerbsverbote. Die ernste Besorgnis im Sinne der Erstbegehungsgefahr ergibt sich nicht daraus, dass Franconia aufgrund ihrer abweichenden Bewertung der Radiusklausel eine Umgehung anstreben wird,<sup>240</sup> sondern resultiert vielmehr aus der Gesamtbetrachtung der folgenden ernsthaften und greifbaren tatsächlichen Anhaltspunkten<sup>241</sup>:
348. Franconia hat wiederholt vorgetragen, dass die vereinbarten und periodisch neu abzuschließenden Wettbewerbsverbote für den Betrieb des FOC Wertheim und ihr Unternehmen sowohl betriebswirtschaftlich als nach den einschlägigen kartellrechtlichen Maßstäben objektiv unverzichtbar seien.<sup>242</sup> (Allein) das tatsächliche wirtschaftliche Interesse Franconias an den Wettbewerbsverboten ist unbestritten. Die Radiusklauseln sind jeweils im von Franconia vorformulierten Mietvertragsentwurf enthalten und werden auf Initiative und im Interesse von Franconia in die Mietverträge aufgenommen.<sup>243</sup>
349. Franconia hat mitgeteilt, dass VR „ihren Standard-Mietvertrag über mehrere Jahre entwickelt und [...] ihn ständig an[passt]. In ihn wurde und wird daher

<sup>240</sup> Vgl.: BGH, Urteil v. 29.06.2010, KZR 31/08, Rn. 50– nach juris (dort wurde auf den bekannten Grundsatz hingewiesen, dass sich die Erstbegehungsgefahr für eine noch nicht begangene einzelne Zuwiderhandlung nicht allein daraus ergibt, dass die Partei im streitigen Verfahren vorträgt, diese konkrete Verhaltensweise sei rechtmäßig. Vorliegend geht es um die Erstbegehungsgefahr einer in der Form abweichenden Zuwiderhandlung.)

<sup>241</sup> Ebenda.

<sup>242</sup> Tz. 198 ff.

<sup>243</sup> Tz. 245

nicht nur kostenintensiv investiert, sondern VRs kaufmännisches Wissen und Branchen-Know-How als Vermieterin von FOC-Ladenfläche findet sich in ihm wieder.<sup>244</sup>

350. Franconia hat zu den unter Ziffer IV. des Tenors aufgezählten Regelungen und Maßnahmen vorgetragen, die Beschlussabteilung habe deren Rechtmäßigkeit nicht im Einzelnen geprüft.<sup>245</sup> Sie hat in diesem Zusammenhang zu den von ihr behaupteten Effizienzen der Radiusklausel geäußert: „Wettbewerbsverbote, Alleinbelieferungs- und -bezugsverträge generieren anerkanntermaßen Effizienzen, da die Vertragsparteien ihre Aktivitäten auf ein bestimmtes Produkt, bestimmte Kunden oder ein bestimmtes Gebiet konzentrieren und dadurch den Absatz fördern [...]“<sup>246</sup> Desweiteren hat Franconia vorgebracht: „So können z.B. Exklusivvereinbarungen durchaus kartellrechtlich zulässig sein. Die Markenhersteller haben [...] ein Interesse daran, ausschließlich in Value Retail FOC in Europa tätig zu sein [...]“ An anderer Stelle hat Franconia zum Begriff der Wettbewerbsbeschränkung und Value Retail's Interesse an einem exklusiven Angebot an Outlet-Ware innerhalb des von der Radiusklausel abgegrenzten Gebiets vorgetragen: „Wenn VRs Vortrag zuträfe, [...], dann bedeutet Exklusivität der VR-Marken gerade nicht, dass andere FOC-Betreiber nicht tätig werden können. Auch müsste jede von den Vertikalleitlinien der Kommission wettbewerblich positiv bewertete Alleinvertriebsvereinbarung [...] oder ähnliche Einschränkung zur Lösung der Trittbrettfahrer- und Hold Up-Problematik denkbare wettbewerbsbeschränkende Zwecksetzung im Sinne des § 1 GWB haben, wenn die Argumentation der Beigeladenen stichhaltig wäre“<sup>247</sup> Franconia setzt damit die in Ziffer IV. aufgeführten Vereinbarungen wie die Exklusivvereinbarung (a.) in Zweck, wirtschaftlicher Bedeutung und marktabschottenden für ihr Unternehmen der Radiusklausel gleich und betrachtet sie für sich als gleichwertige Alternativen. Nach der Überzeugung der Beschlussabteilung gilt nichts anderes für die in Ziffer IV. des Tenors bezeichneten Sonderkonditionen oder sonstige Vorteile für die Einhaltung des Wettbewerbsverbots betreffend die

<sup>244</sup> Schreiben vom 19.12.2014, S. 6 (erster Punkt), Verfahrensakte Bd. VIII, Bl. 75

<sup>245</sup> Schreiben vom 19.12.2014, S. 57 (erster Absatz), Verfahrensakte Bd. VIII, Bl. 135

<sup>246</sup> Schreiben vom 19.12.2014, S. 53 (erster Punkt), Verfahrensakte Bd. VIII, Bl. 135

<sup>247</sup> Schreiben vom 03.02.2015, S. 5f. (Abschnitt „Zur Wettbewerbsbeschränkung“), Verfahrensakte Bd. IX, Bl. 14

Anmietung von Läden in konkurrierenden FOC (b.) und die in Ziffer IV. c. benannten Maßnahmen.

351. Vor diesem Hintergrund und der von Franconia geltend gemachten Unverzichtbarkeit der Wettbewerbsverbote und ihrer zuvor dargelegten Möglichkeiten, das Wettbewerbsverbot in Form der Radiusklausel in die Mietverträge einzuführen und durchzusetzen ist ernstlich zu besorgen, dass Franconia ihr tatsächliches, erhebliches wirtschaftliches Interesse umsetzen wird und das untersagte Wettbewerbsverbot am FOC Wertheim durch Regelungen oder Maßnahmen gleicher Wirkung zeitnah ersetzt. Dem ist im Interesse der wirksamen Durchsetzung der beabsichtigten Verfügung und aus Gründen der Verfahrensökonomie entgegen zu treten.
352. Soweit Franconia rügt, die Beschlussabteilung habe die die Rechtmäßigkeit der in Ziffer IV. aufgeführten Regelungen (Vereinbarungen) und Maßnahmen nicht geprüft, ist festzuhalten, dass diese nach Kenntnis der Beschlussabteilung von Franconia derzeit noch gar nicht zum Zwecke der Umgehung des Verbots der Radiusklausel abgeschlossen oder praktiziert werden. Bei der Adressierung von drohenden erstmaligen Umgehungen gemäß § 32 Abs. 1 GWB kann folglich keine solche Prüfung erwartet werden, zumal es allein von Franconia abhängt, welche konkrete Klausel sie im Falle einer Umgehung wählen würde. Die Vereinbarungen gemäß Ziffer IV. a. und b. mit gleichartiger Wirkung werden mit allergrößter Wahrscheinlichkeit bei der Zugrundelegung der ausführlichen und aktuellen Ermittlungsergebnisse und rechtlichen Würdigungen im Kapitel B. Rechtliche Würdigung ebenfalls nach § 1 GWB verboten sein. Nichts anderes gilt für die in Ziffer III. c. benannten Kündigungen und deren Ankündigung, welche je nach Einzelfall im Grenzbereich zwischen Vereinbarung nach § 1 GWB und einseitiger Nachteilsandrohung oder -zufügung liegen.
353. Das Verbot der Regelungen oder Maßnahmen der Ziffer IV. im Tenor ist hinreichend bestimmt, da der Entscheidungsgehalt für die Adressatin nach Art und Umfang aus sich heraus erkennbar und verständlich ist. Sie betreffen konkrete Vereinbarungen oder einseitige Verhaltensweisen, die wirtschaftliche Anreize setzen oder Nachteile verursachen, die die Mieter davon abhalten könnten, in anderen, mit dem FOC Wertheim konkurrierenden FOC Ladenflächen anzumieten. Sie sind der Adressatin als gewerblicher Vermarkterin von Mietflächen, auch gemäß ihrem eigenen Vortrag, bekannt und

darüber hinaus auch in der Kartellrechtspraxis gebräuchlich. Die in Ziffer IV. a. bis c. benannten Regelungen und Maßnahmen umfassen über die wortgleiche Neuverwendung hinaus zunächst auch kerngleiche Regelungen und Maßnahmen.<sup>248</sup>, die eine gleiche wirtschaftliche bzw. kartellrechtliche Bedeutung oder Zielrichtung wie das nach Ziffer I. gegen § 1 GWB verstoßende Wettbewerbsverbot haben.

354. Die Verbote von Regelungen und Maßnahmen gleichartiger Wirkung gemäß Ziffer IV. im Tenor sind für den (Neu)Abschluss und die Durchführung von Mietverträgen auszusprechen. Damit werden auch Fälle erfasst, die vor Erlass dieser Verfügung begonnen haben. Die Untersagung gemäß Ziffer IV. ist erforderlich und angemessen. Franconia kann sich – vor der Vollstreckung – zunächst entscheiden, ob sie eine Regelung oder Maßnahme in diesem Sinne wählt und dabei rechtlichen Rat – auch bei der Beschlussabteilung holen. Desweiteren steht ihr der vorläufige Rechtsschutz zu, bei dem sie die Untersagung gemäß Ziffer IV. und konkrete Regelungen oder Maßnahmen prüfen lassen kann. Die Beschlussabteilung kann und wird zudem im Vollstreckungsverfahren nach § 86 a GWB solche Regelungen oder Maßnahmen mit Blick auf ihr Verhältnis zu Ziffer IV. prüfen.
355. Mit Blick auf nicht unter Ziffer IV. fallende Regelungen und Maßnahmen gleichartiger Wirkung wie der Wettbewerbsverbot nach Ziffer I. des Tenors behält sich die Beschlussabteilung eine Prüfung (auch) in einem Ordnungswidrigkeitenverfahren vor.

#### **D. Antrag auf Aufhebung der sofortigen Vollziehbarkeit**

356. In der Stellungnahme vom 23. Oktober 2013<sup>249</sup> hat Franconia beantragt, die Vollziehung auszusetzen, bis über die Entscheidung der Beschlussabteilung rechtskräftig entschieden ist (§ 65 Abs. 3 Satz 2 GWB).
357. Die Beschlussabteilung lehnt den Antrag von Franconia, die sofortige Vollziehung der Verfügung aussetzen, ab.
358. Franconia hat zur Begründung ihres Aussetzungsantrages vorgetragen, die Vollziehung einer Untersagungsverfügung hätte für sie eine unbillige Härte zur Folge, die auch nicht durch überwiegende öffentliche Interessen geboten wäre (§ 65 Abs. 3 Nr. 3 GWB). Bei einer sofort vollziehbaren Untersagungs-

<sup>248</sup> Vgl.: BGH, Urteil v. 29.06.2010, KZR 31/08, Rn. 51– nach juris

<sup>249</sup> Schriftsatz vom 23.10.2013, Verfahrensakte Bd. III, Bl. 519.



verfügung könne die Beigeladene mit den Mietern von Franconia Mietverträge schließen. Damit würden vollendete Tatsachen geschaffen und die Mieter würden –sofern die Untersagungsverfügung einer gerichtlichen Überprüfung nicht standhalte– im Hinblick auf den mit Franconia bestehenden Mietvertrag vertragsbrüchig. Dem müsse dadurch begegnet werden, dass das Bundeskartellamt die Vollziehung bis zu einer abschließenden gerichtlichen Entscheidung über die Radiusklausel aussetzt. Nur so könne sichergestellt werden, dass die aktuellen tatsächlichen Gegebenheiten nicht in ihr Gegenteil verkehrt werden, was naturgemäß nicht mehr ohne Schaden rückabzuwickeln wäre.

359. Bei Aussetzung der Vollziehbarkeit bestehe kein vergleichbares Schadenspotenzial. Die Beigeladene könne mit den nach ihrer Auffassung in Betracht kommenden Mietern entsprechend bedingte Verträge bereits jetzt schließen. Außerdem stünden der Beigeladenen genügend andere Mieter zur Verfügung, was durch ihre hohe Vermietungsquote belegt werde. Im Übrigen bestünden auch ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Verfügung, sofern sie ohne Aussetzung der Vollziehbarkeit erginge (§ 65 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. Satz 1 Nr. 2 GWB).
360. Auch mit dem Urteil des LG Mannheim vom 11. Juni 2013 in dem einstweiligen Verfügungsverfahren der Beigeladenen gegen Franconia<sup>250</sup> sei bestätigt worden, dass eine den Verfügungsantrag bestätigende Entscheidung in dem dort von der Beigeladenen angestrebten Verfügungsverfahren eine faktische Vorwegnahme der Hauptsache wäre, die rechtlich weder geboten noch akzeptabel sei.
361. Auch ein öffentliches Interesse an einer sofortigen Vollziehung sei nicht gegeben, da es hier primär um eine zivilrechtliche Streitigkeit zwischen potenziellen Wettbewerbern gehe. Die Rechtmäßigkeit der Radiusklausel von Franconia könne nur im Einzelfall anhand des konkreten Einzugsgebiets des Wertheim Village und der Leistungen und Investitionen von Franconia beurteilt werden. Die Entscheidung habe damit keine direkte Relevanz für die Rechtmäßigkeit der Klauseln anderer Outlet-Betreiber.
362. Der Vortrag von Franconia enthält keine Begründung, die es erlauben würde, die Vollziehung der Verfügung auszusetzen.

<sup>250</sup>

LG Mannheim, Az. 22 O 19/13 Kart. – siehe Verfahrensakte Bd. I, Bl. 309, 315 f.

363. Es ist schon nicht dargetan, warum die Vollziehung einer Untersagungsverfügung für Franconia eine unbillige Härte zur Folge haben könnte. Eine Härte im Sinne des Gesetzes ist nur anzunehmen, wenn schwerwiegende Eingriffe vorgenommen werden, deren Folgen nach einer erfolgreichen Durchführung des Beschwerdeverfahrens nicht ohne weiteres beseitigt werden können.<sup>251</sup> Selbst wenn die Beigeladene mit Mietern von Franconia Mietverträge schließt, ist nicht erkennbar, weshalb dadurch für Franconia eine unbillige Härte entstehen soll. Schon aufgrund der zehnjährigen Laufzeit der Mietverträge von Franconia und eine im Durchschnitt mehrjährigen Restmietzeit ist nicht damit zu rechnen, dass eine nennenswerte Anzahl von Mietern ihr Ladenlokal im FOC Wertheim schließen werden und stattdessen ein Ladenlokal in dem erst ab Juli 2015 zu eröffnenden Ladenlokal der Beigeladenen in Montabaur anmieten werden (siehe hierzu auch Tz. 276). Daher wird selbst nach Wegfall der Radiusklausel die ganz überwiegende Mehrzahl der Markenanbieter ihr Mietverhältnis mit Franconia im etablierten FOC Wertheim wegen der hohen Flächenproduktivität ihrer dortigen Ladenlokale fortführen wollen. Dies gilt zumal für die Eröffnungsphase eines FOC, in der noch gar nicht abgesehen werden kann, wie sich die Umsätze in einem dort neu angemieteten Ladenlokal entwickeln werden.
364. Nach dem aktuellen Vortrag der Beigeladenen hat eine nicht unerhebliche Anzahl der Mieter von Franconia Interesse an der Anmietung eines Ladenlokals im Fashion Outlet Montabaur gezeigt und ca. 20 Mieter haben bereits Vorverträge gezeichnet, auf die 50% der derzeit vom Fashion Outlet Montabaur vermieten Ladenfläche entfallen sollen.<sup>252</sup> Wie bereits ausgeführt (siehe Tz. 223bis Tz. 228), ist jedoch nicht zu erwarten, dass diese mögliche Doppelbelegung in beiden FOC die wirtschaftliche Situation des FOC Wertheim erheblich beeinträchtigen wird, da selbst eine (unterstellte) erheblich höhere Doppelbelegung allenfalls nur ein Mieteinnahmeverlust aus dem Überschneidungsgebiet von maximal 1,5 % zu erwarten wäre. Im Übrigen gehört ein Teil der vorgenannten Mieter zu der (kleinen) Gruppe der Mieter, die nicht durch die Radiusklausel des FOC Wertheim gesperrt ist. Aus dem

<sup>251</sup> OLG Düsseldorf 23.10.2006 Deutscher Lotto- und Totoblock, WuW/E DE-R 1869 ff; 27.9.2007 Wirtschaftsprüferhaftpflicht, WuW/E DE-R 2171 f., Karsten Schmidt in Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 4. Aufl., § 65 Rdnr. 15, 17; Lembach in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 12. Aufl., § 65 Rn. 19, 25.

<sup>252</sup> Verfahrensakte Bd. V Bl. 354f sowie Verfahrensakte Bd. VIII, Bl. 411, 438.

Umstand, dass derzeit eine nicht unerhebliche Anzahl der Mieter von Franconia zu den zukünftigen Mieter des Fashion Outlet Montabaur gehören sollen, ist hingegen der Schluss zu ziehen, dass der Vortrag des Fashion Outlet Montabaur nicht unplausibel erscheint, dass sein Marktzutritt erheblich gefährdet wäre, wenn es sich nicht bereits bei Eröffnung dieser Mieter aus dem Mieterbestand des FOC Wertheim bedienen könnte. Jedenfalls überwiegt das erhebliche wirtschaftliche Interesse der Beigeladenen als auch das öffentliche Interesse an einem Marktzutritt der Beigeladenen bei weitem das wirtschaftliche Interesse von Franconia.

365. Hinzu kommt, dass in Fällen der vorliegenden Art, in denen die Beschwerde kraft Gesetzes keinen Suspensiveffekt besitzt, es außerdem erforderlich ist, dass Nachteile geltend gemacht werden, die über den eigentlichen Zweck der Verfügung hinausgehen<sup>253</sup>. Auch insoweit ist der Vortrag von Franconia unbegründet, da lediglich solche vermeintlichen Nachteile geltend gemacht werden, die gerade mit dem eigentlichen Zweck der Verfügung –der Ermöglichung von Randwettbewerb auf dem regionalen Markt der Vermietung von Ladenflächen in FOC– einhergehen sollen. Wenn Franconia auf das einstweilige Verfügungsverfahren vor dem Landgericht Mannheim Bezug nimmt, so verkennt sie den Unterschied zwischen einem der Hauptsache vorausgehenden, nur summarischen Eilverfahren und einer nach in der Regel erst nach umfangreichen Ermittlungen getroffenen kartellbehördlichen Verfügung nach § 1 GWB, gegen die eine Beschwerde kraft Gesetzes eben keine aufschiebende Wirkung haben soll.
366. Rein vorsorglich kann zudem festgestellt werden, dass die Franconia etwaig drohenden Nachteile nicht unbillig wären, da sie im überwiegenden öffentlichen Interesse an der sofortigen Vollziehbarkeit hinzunehmen wären.<sup>254</sup> Der fehlende Suspensiveffekt der Beschwerde führt hier weder zu einer Existenzbedrohung für Franconia noch würden bis zur Rechtskraft der Entscheidung irreparable Folgen eintreten. Insbesondere drohen Franconia auch keine Konsequenzen, die im Falle einer Aufhebung der angefochtenen Untersagungsverfügung nicht wiedergutmacht werden können. Die vorübergehende Nichtgeltendmachung der Radiusklausel in den Mietverträgen mag allenfalls zu (geringen) finanziellen Nachteilen und Einbußen für Franconia führen, zieht aber keine irreparablen Folgen nach sich. Im Übrigen ist die

<sup>253</sup>

OLG Düsseldorf 27.9.2007 Wirtschaftsprüferhaftpflicht, WuW/E DE-R 2171 f.

<sup>254</sup>

MünchKommGWB/Stockmann § 65 Rn. 10.

Radiusklausel unabhängig von den Anordnungen der Beschlussabteilung absolut zivilrechtlich nichtig, so dass sich Franconia unabhängig von der Aufhebung der sofortigen Vollziehbarkeit nicht wirksam darauf berufen kann.<sup>255</sup>

367. Gegenüber dem –nach allem nur wirtschaftlichen– Interesse von Franconia die Radiusklausel in ihren Mietverträgen unverändert verwenden zu dürfen, überwiegt das öffentliche Interesse an einer Marktöffnung. Die Radiusklausel in FOC-Mietverträgen ist geeignet, einen funktionsfähigen Wettbewerb auf dem regionalen Markt der Vermietung von Ladenflächen in FOC zu behindern. Es liegt daher im öffentlichen Interesse, die weitere Verwendung der Radiusklauseln sofort vollziehbar zu untersagen.
368. Nach alledem wird Franconia dadurch, dass die gegen sie ergangene Untersagungsverfügung kraft Gesetzes sofort zu befolgen ist und ihre Beschwerden keine aufschiebende Wirkung hat, keine unbillige Härte aufgebürdet. Dem Antrag auf Aussetzung der Vollziehung ist daher nicht zu entsprechen.

#### **E. Kosten**

369. Die Gebührenentscheidung beruht auf § 80 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GWB. Die Höhe der Gebühren bestimmt sich gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 GWB nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Kartellbehörde und der wirtschaftlichen Bedeutung des gegen die Betroffene geführten Verfahrens. Die Anwendung dieser Grundsätze auf den dargestellten Sachverhalt ergab eine Gebühr von [...] Euro, welche unterhalb der Höchstgebühr von 25.000 Euro (§ 80 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GWB) liegt. Berücksichtigt hat die Beschlussabteilung hier insbesondere den durch zahlreiche Auskunftsbeschlüsse, zwei Beiladungsbeschlüsse, mehrere Anhörungen sowie die Entscheidung über einen Antrag auf Aufhebung der sofortigen Vollziehbarkeit erforderlichen Aufwand. Darüber hinaus ist die Entscheidung für die Betroffene wegen der umfassenden und dauerhaften Praktizierung der Radiusklauseln von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung.
370. Schuldner dieser Gebühr ist nach § 80 Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 GWB die Betroffene. Die Gebühr ist mit der Zustellung dieses Beschlusses fällig und binnen eines Monats nach Zustellung zu überweisen auf das Konto

<sup>255</sup>

Siehe hierzu auch Beschluss LG Hamburg vom 30.12.2014, Verfahrensakte Bd. VIII, Bl.363 sowie oben Tz. 62.

**Bundeskasse Trier bei der  
Deutsche Bundesbank - Filiale Saarbrücken -  
BIC: MARKDEF 1590  
IBAN: DE 81 5900 0000 0059 0010 20**

371. Als **Verwendungszweck** bitte ich folgendes **Kassenzeichen** anzugeben:  
**810600309146**
372. Bitte geben Sie als Verwendungszweck unbedingt neben dem Kassenzeichen das **Datum des Beschlusses** an; ansonsten kann die Zahlung nicht bearbeitet werden.
373. Sollte bis zum Ablauf eines Monats nach dem Tag der Zustellung keine oder keine vollständige Zahlung erfolgen, so können für jeden angefangenen Monat der Säumnis Säumniszuschläge von eins vom Hundert des rückständigen Betrages erhoben werden (§ 80 Abs. 8 GWB, § 1 Abs. 1 KartKostVO i.V.m. § 18 Abs. 1 VwKostG). Bei Überweisungen aus dem Ausland fallen im Allgemeinen Bankspesen an. In diesen Fällen ist sicherzustellen, dass dem Konto des Bundeskartellamts die volle Gebühr gutgeschrieben wird.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Beschluss ist die Beschwerde eröffnet. Sie ist schriftlich binnen einer mit Zustellung des Beschlusses beginnenden Frist von einem Monat beim Bundeskartellamt, Kaiser-Friedrich-Straße 16, 53113 Bonn, einzureichen. Es genügt jedoch, wenn sie innerhalb dieser Frist bei dem Beschwerdegericht, dem Oberlandesgericht Düsseldorf, eingeht.

Die Beschwerde ist durch einen beim Bundeskartellamt oder beim Beschwerdegericht einzureichenden Schriftsatz zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt zwei Monate. Sie beginnt mit der Zustellung der angefochtenen Verfügung und kann auf Antrag vom Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die – gegebenenfalls auch neuen – Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Beschwerdeschrift und Beschwerdebegündung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung. Auf Antrag kann das Beschwerdegericht die aufschiebende Wirkung der Beschwerde ganz oder teilweise anordnen.

Heistermann

Dr. Möller

Crede

A.	Sachverhalt .....	3
1.	Antrag der Fashion Outlet Grundbesitz GmbH & Co. KG .....	3
2.	Franconia und die mit ihr verbunden Unternehmen .....	20
3.	Das Wettbewerbsverbot in den Verträgen von Franconia .....	22
4.	Radiusklauseln bei Wettbewerbern .....	24
B.	Rechtliche Würdigung .....	27
1.	Definition des relevanten Marktes .....	28
1.1	Sachliche Marktabgrenzung .....	28
1.1.1	Vortrag von Franconia .....	28
1.1.2	Bewertung der Beschlussabteilung .....	29
1.1.2.1	Vertrieb von Markenartikeln in einem FOC im Vergleich zu alternativen Vertriebsformen .....	29
1.1.2.2	Factory Outlet Center - ein Markt für die Nachfrage nach Ladenflächen in FOC .....	34
1.1.3	Ergebnis der sachlichen Marktabgrenzung .....	37
1.2	Räumliche Marktabgrenzung .....	37
1.2.1	Vortrag von Franconia .....	38
1.2.2	Bewertung der Beschlussabteilung .....	39
1.2.2.1	Grundlage der räumlichen Marktabgrenzung .....	39
1.2.2.2	Marktabgrenzung nach Fahrzeit-Isochronen .....	43
1.2.3	Ergebnis der räumlichen Marktabgrenzung .....	53
2.	Marktstellung des FOC Wertheim .....	53
2.1	Anbieter von Ladenflächen in FOC in Deutschland .....	53
2.2	Wettbewerb im räumlichen relevanten Markt des FOC Wertheim .....	57
2.3	Ergebnis der wettbewerblichen Beurteilung der Marktstellung des FOC Wertheim in seinem Marktgebiet .....	61
3.	Verstoß gegen § 1 GWB .....	61
3.1	Keine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels .....	62
3.2	Wettbewerbsbeschränkung .....	62
3.2.1	Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung .....	62
3.2.1.1	Inhalt der Vereinbarung .....	63
3.2.1.2	Art der Dienstleistung .....	64
3.2.1.3	Wirtschaftlicher und rechtlicher Zusammenhang .....	64
3.2.1.4	Wettbewerbsbedingungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt .....	65
3.2.1.5	Ziel der Vereinbarung .....	66
(1)	Geeignetheit der Wettbewerbsbeschränkung .....	66
(2)	Keine Unverzichtbarkeit des Wettbewerbsverbotes (fehlende objektive Rechtfertigung) .....	69
(2.1)	Maßstab zur Beurteilung der Unverzichtbarkeit .....	70
(2.2)	Keine Unverzichtbarkeit / keine objektive Rechtfertigung .....	73
(3)	Wettbewerbsverbot liegt nicht im Interesse der Mieter oder deren Kunden .....	84

(4)	Fehlende Verhältnismäßigkeit des Wettbewerbsverbotes .....	87
3.2.1.6	Wettbewerbsverbot stellt eine bezweckte Beschränkung der Handlungsfreiheit der Markenhersteller und eine gezielte Wettbewerbsbehinderung aktueller und potenzieller Wettbewerber dar .....	93
3.2.2	Bewirkte Wettbewerbsbeschränkung .....	94
3.2.2.1	Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung .....	94
(1)	Auswirkung auf die Marktgegenseite .....	94
(2)	Auswirkung auf die Wettbewerber .....	97
(2.1)	Quantitative Auswirkung der Radiusklauseln .....	99
(2.2)	Qualitative Auswirkung der Radiusklauseln .....	101
(3)	Ergebnis zur Spürbarkeit des Wettbewerbsverbotes .....	107
3.2.2.2	Keine Freistellung nach der Gruppenfreistellung für vertikale Vereinbarungen .....	108
3.2.2.3	Keine Freistellung nach § 2 Abs. 1 GWB .....	109
3.3.	Gesamtbeurteilung .....	114
C.	Ermessen .....	114
1.	Radiusklausel mit größerer Reichweite als 50 km .....	115
2.	Radiusklausel mit einer längeren Laufzeit als fünf Jahre .....	116
3.	Verbot von Regelungen oder Maßnahmen mit gleichartiger Wirkung .....	117
E.	Kosten .....	124