

## Kartellrecht Moot Court 2022

### Sachverhalt

1. Mario Merk ist seit 2019 Vorstandsvorsitzender der **Intermarkt AG**, Österreichs größter Lebensmitteleinzelhandelskette. Intermarkt bietet ein Lebensmittelvollsortiment an und betreibt insgesamt 1.500 Standorte in ganz Österreich, sowie 50 weitere in Deutschland, Slowenien, und Ungarn. Intermarkt bietet seine Produkte sowohl in sog Hypermärkten (also großflächigen Einzelhandelsbetrieben mit einer Verkaufsfläche von mehr als 5.000 m<sup>2</sup>) als auch kleineren Läden mit einer Verkaufsfläche von idR unter 200m<sup>2</sup> an.
2. Intermarkt ist bereits seit einigen Jahren Österreichs umsatzstärkste Lebensmitteleinzelhandelskette (Umsatz 2020: 16 Mrd €, Umsatz 2021: 18 Mrd €, Marktanteil ca 35%). Intermarkts stärkste Konkurrenten im Lebensmitteleinzelhandel sind die B-Markt AG (Umsatz 2020: 12 Mrd €, Umsatz 2021: 16 Mrd €, Marktanteil ca 30%), Markti GmbH (Umsatz 2020: 8 Mrd €, Umsatz 2021: 10,5 Mrd €, Marktanteil ca 23%) und Gourmet GmbH (Umsatz 2020: 4 Mrd €, Umsatz 2021: 4,2 Mrd €, Marktanteil ca 4%). Lediglich bei Markti handelt es sich um einen Discounter.
3. Neben dem stationären Handel, bietet Intermarkt unter der Marke „**Inter kommt**“ auch einen Lieferservice an, der sich mittlerweile seit vier Jahren kontinuierlich als Marktführer etablieren konnte. Der Lieferservice wurde zunächst in Wien gestartet und deckt mittlerweile sämtliche größeren Städte in ganz Österreich ab.
4. Der Onlinelebensmittelhandel konnte – sowie die Branche im Allgemeinen – von der Covid-19-Pandemie maßgeblich profitieren: Immer mehr Konsumentinnen und Konsumenten bestellen Lebensmittel im Internet und lassen sich diese nach Hause liefern. Insgesamt kauften 2021 ca 14% aller österreichischen Konsumentinnen und Konsumenten ihre Lebensmittel (auch) online ein. Dies entspricht einem Zuwachs der Onlinelebensmittelkäufe von 26% im Vergleich zum Vorjahr und es ist nicht davon auszugehen, dass diese Zahlen in den kommenden Jahren wieder sinken werden.
5. Lebensmittel können in Österreich bei verschiedenen Arten von Onlineanbietern bestellt werden: Zunächst gibt es die regulären, stationären Lebensmitteleinzelhändler, die auch einen Onlineauftritt haben. Hierzu zählt auch der Lieferservice Inter kommt, der mit 35% Marktanteil führender Anbieter in Österreich ist. Daneben bieten auch B-Markt mit B-Markt liefert (ca 20% Marktanteil) und Markti mit Markti.online (ca 5% Marktanteil) einen Onlineservice an.<sup>1</sup> Außerdem sind in Österreich reine Online-Supermärkte aktiv, die den Vertrieb der Lebensmittel über Logistikzentren organisieren. Hier ist insbesondere Apfel.at zu erwähnen, der einen Marktanteil von 15% aufweist. Die nächstgrößten Konkurrenten lecker.at (5% Marktanteil) und delicious.online (2% Marktanteil) liefern nur in Österreichs Ostregion. In diesem Bereich sind

---

<sup>1</sup> Gehen Sie davon aus, dass sämtliche Anbieter nur innerhalb Österreichs sowie in einzelne grenznahe Gebiete liefern, die allerdings im Umsatz der Unternehmen keine Rolle spielen.

auch andere Anbieter aktiv, die, so wie die beiden Letztgenannten, nur regional begrenzt bzw nur bestimmte Produkte liefern. Zuletzt existieren auch noch Mischformen der beiden Varianten, wobei Lebensmittelgeschäfte einen Teil ihrer Geschäftsräumlichkeiten abtrennen und als Logistikzentren für den Online-Handel nutzen. Die Anbieter in diesem Bereich haben allesamt Marktanteile im unteren einstelligen Bereich.

6. Mario Merk ist nicht entgangen, dass die Pandemie neben dem Boom des Onlinegeschäfts auch einen wahren Run auf Bio- und regionale Lebensmittel ausgelöst hat. Auf diesen Zug wollte natürlich auch Intermarkt aufspringen und hat Ende 2020 eine Studie in Auftrag gegeben, welche Produkte von den Konsumentinnen und Konsumenten im Besonderen und jeweils über welche Vertriebswege nachgefragt werden.
7. Dabei hat sich gezeigt, dass die Nachfrage nach Bio- und regionalen Lebensmitteln im online-Vertrieb ungleich höher ist, als im stationären Handel: So gaben 80% der Befragten Onlinekäuferinnen und -käufer an, dass sie zumindest bei bestimmten Produkten auf Bio-Qualität Wert legen, wohingegen nur 40% der ausschließlichen Offlinekäuferinnen und -käufer dies bestätigten. Als Konsequenz hat man sich bei Intermarkt dazu entschlossen, nur einen kleinen Teil an Bio-Lebensmitteln in den stationären Handel aufzunehmen und gleichzeitig Kooperationen mit regionalen und Bio-Produzentinnen und -Produzenten einzugehen, deren Produkte nur online bestellt und dann von Inter kommt geliefert werden.
8. Anton Achtung und Chiara Clever sind solche Produzenten. Anton Achtung eröffnete 2008 einen Hofladen im Marchfeld (die „**A Saft'l GmbH**“), wo insbesondere Bio-Säfte und seltene Sorten von Bio-Obst und -Gemüse aus eigenem Anbau zum Verkauf angeboten werden. Der Hofladen wurde von Anton nur nebenbei betrieben, bis sich im Sommer 2014 alles änderte: Eine Gruppe von Influencern machte auf der Durchreise bei ihm Halt, waren allesamt begeistert von Anton und seinen kreativen Obst- und Gemüsesäften und machten ihn und seine Getränke über Nacht bekannt. Seitdem verkauft Anton seine Säfte unter der Marke „**A Saft'l**“ nicht mehr nur im Hofladen, sondern hat auch Kooperationen mit mehreren Bio-Supermärkten sowie Gastronomiebetrieben in ganz Österreich, die seine Säfte verkaufen. Die Umsatzzahlen konnte Anton seitdem kontinuierlich steigern und zählt heute in Österreich zu den führenden Bio-Saftproduzenten.
9. Auf einer Weiterbildung im Juli 2020 lernte Anton Chiara Clever kennen, die eine ähnliche Karriere vorzuweisen hat: Chiara leitet einen Teil des landwirtschaftlichen Betriebs ihrer Eltern bei Mistelbach und hat sich auf die Produktion von nicht alkoholischen Getränken spezialisiert. Insbesondere stellt sie Fruchtlimonade her, wobei sie ausschließlich Obst sowie Kräuter aus dem heimischen Betrieb verwendet und diese mit Gebirgsquellwasser versetzt. Die Limonaden werden auch als alkoholfreie Alternativen zu Cider, Most und Radler angeboten. Die Getränke sind ohne Zuckerzusatz und optimal zugeschnitten auf eine immer gesundheitsbewusstere Kundschaft, die dennoch nicht auf Geschmack verzichten möchte.
10. Auch Chiara ist mit ihren Produkten, die sie im Rahmen ihres Unternehmens „**Chiaras Cick OG**“ unter der Marke „**Chiaras Cick**“ vermarktet, mittlerweile sehr erfolgreich und verkauft ihre Produkte primär an Gastronomen, wobei insbesondere die österreichische Spitzengastronomie ihre Getränke gerne als alkoholfreie Alternative anbietet. Seit kurzem werden ihre Produkte auch in ausgewählten Bio-Supermärkten in Österreich angeboten.
11. Zwar hatten A Saft'l und Chiaras Cick verglichen mit sämtlichen konsumierten Fruchtsäften in Österreich 2021 nur einen Marktanteil von gemeinsam etwa 15% (9% davon gehen auf A Saft'l und 6% auf Chiaras Cick; Marktführer sind Run mit 22%, Lucky Day mit 21% und Cap mit 18%),

im Bereich der Bio-Getränke ist dies jedoch anderes: So kommt A Saft'l auf 22% Marktanteil und Chiaras Cick auf 13%. Ihre größten Konkurrenten im Bereich der Bio-Säfte sind Run Bio (28%) und Biologics (16%). Die jährlichen Umsätze von A Saft'l und Chiaras Cick liegen dabei bei 10 bzw 6 Mio €.

12. Gemessen am Gesamtmarkt für Bio-Lebensmittel liegt der gemeinsame Marktanteil von A Saft'l und Chiaras Cick bei etwa 5%.
13. Auch Mario ist auf die beiden aufmerksam geworden und will die Produkte in das Sortiment von Intermarkt liefern aufnehmen, so dass Kunden A Saft'l und Chiaras Cick online bestellen können. Mario ruft daher freundlich bei Anton und Chiara an, die Interesse an einer Kooperation mit dem Marktgiganten zeigen und sendet ihnen daraufhin am 02.05.2021 den Standardkooperationsvertrag der Intermarktgruppe zu.
14. Mit Erhalt des Vertrags macht sich jedoch bei Anton und Chiara Ernüchterung breit: Die Verträge entsprechen so gar nicht ihren Vorstellungen und sie fühlen sich durch die Haftungsregeln, langen Zahlungsfristen und kurzfristige Stornierungen, die sich Intermarkt vorbehält, von diesem Marktriesen ausgenommen und möchten dieses Angebot eigentlich nicht annehmen, auch wenn sie wissen, dass die Kooperation mit Intermarkt die Reichweite ihrer Produkte erheblich erweitern würde.
15. Konkret enthält die Kooperationsvereinbarung standardmäßig u.a. folgende Klauseln:

1.4. Zahlungsfristen

*Der Käufer bezahlt den Lieferanten innerhalb von 40 Tagen gerechnet ab dem Lieferzeitpunkt.*

2.5. Stornierung

*Der Käufer behält sich vor, einzelne Lieferungen zu stornieren. Er gibt dies dem Lieferanten spätestens 30 Tage vor dem Tag der Lieferung bekannt.*

8.9. Haftung

*Der Lieferant haftet gegenüber dem Käufer für Kosten der Bearbeitung von Kundenbeschwerden in Zusammenhang mit dem Verkauf von Erzeugnissen des Lieferanten.*

16. Bei einem weiteren Telefonat mit Mario erklärt dieser, dass seitens Intermarkt bei der Verhandlung der Verträge kein Spielraum besteht. Diese seien deshalb so streng ausgestaltet, weil die ausschließliche Kooperation für die Onlinevermarktung für Intermarkt mit höherem Risiko verbunden sei.
17. Verunsichert wenden sich Anton und Chiara wenige Tage später an das Forum von „**wir sind bio**“, eine lose Gruppe von Bio-Produzentinnen und -Produzenten aus Österreich, die für gemeinsamen Austausch und Aufklärung in Sachen Bio-Produktion sorgen wollen. Der Gruppe gehören rund 60% der Bio-Produzentinnen und -Produzenten in Österreich an, wobei weder regelmäßige Treffen noch institutionalisierter Austausch stattfindet. Vielmehr wird ein Forum zum gemeinsamen Austausch betrieben und haben sämtliche Mitglieder Kontaktadressen hinterlegt, um von den Administratoren (selbst Bio-Produzenten) kontaktiert werden zu können.
18. Die Gruppe fügt sich in den allgemein beobachtbaren Trend ein, dass vor allem Jungbauern und Jungbäuerinnen vermehrt auf Bio, kleinstrukturierte Betriebsmodelle und Tierwohl setzen.

Entsprechend setzen sie sich auch für umweltfreundlichere Landwirtschaft ein und formulieren als wichtigstes Ziel, die Bevölkerung mit gesunden Lebensmitteln zu versorgen.<sup>2</sup>

19. Anton und Chiara erhalten im Forum eine Antwort von der Juristin Samy Sorgfalt. Diese teilt den beiden mit, dass es gesetzliche Möglichkeiten gebe, kleinere Händler vor der Übermacht großer Lebensmittelketten zu schützen. Näheres dazu führt sie in ihrer Antwort jedoch nicht aus.
20. Und noch mehr erfahren Anton und Chiara in diesem Forum: Die Umweltaktivistin und Bio-Bäuerin Gerda Grantig weiß zu berichten, dass Intermarkt so gar nicht umweltbewusst handelt. So sei bekannt, dass Intermarkt – abgesehen von seinem Bio-Sortiment – keinen Wert auf Fairtrade, Palmölverzicht oder Tierwohl legt und auch der Lieferservice einigen Nachholbedarf hat: Das größte Problem liege hier bei ineffizienter Lagerung. Intermarkt betreibt viele kleine Lagerhallen, um die Produkte schnell liefern zu können, was aber erhebliche Mengen an Abfall produziert, wenn die Produkte nicht abgefragt werden. Ein entsprechendes Abfallmanagement fehlt. Auch bietet Intermarkt eine just-in-time-Lieferung an, dh, dass Kundinnen und Kunden einen Wunschtermin für ihre Lieferung nennen können, was allerdings dazu führt, dass Transportwege ineffizient zurückgelegt werden. Zudem werden bei Intermarkt in großen Mengen Plastik-Einwegverpackungen verwendet, um die Produkte während des Transports zu schützen. Auch der Transport selbst erfolgt nach wie vor mittels umweltschädlicher LKWs, die Idee, auf E-Autos umzusteigen, wurde von Intermarkt bisher nicht umgesetzt.
21. Damit steht für Anton und Chiara fest, dass sie nicht mit Intermarkt kooperieren wollen. Die Kooperation könnten sie nicht mit ihrem Verständnis von Ökologie – für das ihre Kundinnen und Kunden ja schlussendlich auch bezahlen – vereinbaren.
22. Für Chiara und Anton wird weiters klar: Sie können das besser. So beschließen sie im Sommer 2021, ihren eigenen Lieferservice zu starten, der zunächst mit den Produkten von A Saft'l und Chiaras Cick starten soll und dem sich dann, bei erfolgreichem Anlauf des Service, auch andere Produzentinnen und Produzenten anschließen können.
23. Gemeinsam tüfteln sie und starten im September 2021 ihren Lieferdienst. Um die logistischen Herausforderungen, die damit verbunden sind, besser meistern zu können, haben sie zu diesem Zweck ein Gemeinschaftsunternehmen („**A Cick**“), an dem A Saft'l und Chiaras Cick zu jeweils 50% beteiligt sind, gegründet. Aufgabe des Unternehmens ist ausschließlich der Vertrieb der Produkte, dh die gemeinsame logistische Abwicklung der Lieferung der Produkte von A Saft'l und Chiaras Cick sowie weiterer Produzentinnen und Produzenten, die sich A Cick anschließen können.
24. Anton und Chiara einigen sich darauf, dass der Verkauf ihrer Produkte ab jetzt nur mehr über A Cick erfolgen soll, da sie zu der Einsicht gekommen sind, dass sich nur so die Nachhaltigkeit der Vermarktung ihrer Produkte optimieren lässt. Zudem vereinbaren Anton und Chiara, dass sie in Zukunft ihre Produktionen noch emissionsärmer, effizienter und nachhaltiger gestalten werden. Zu diesem Zweck werden laufend Erfahrungen und Best Practices zwischen den beiden ausgetauscht.

---

<sup>2</sup> Vgl. z.B. die aktuelle Studie von *Kirner*, Lebenswelten und Werthaltungen junger Menschen im agrarischen Schulwesen in Österreich, Zeitschrift für agrar- und umweltpädagogische Forschung, Sonderheft 01/2021, abrufbar unter [https://www.haup.ac.at/wp-content/uploads/2021/11/9783706562034\\_Bookblock.pdf](https://www.haup.ac.at/wp-content/uploads/2021/11/9783706562034_Bookblock.pdf).

25. Die Notwendigkeit des Gemeinschaftsunternehmens liegt darin, dass nur so wesentliche Einsparungen bei den Transportkosten, auf die ca 26% der Gesamtkosten<sup>3</sup> des Onlinevertriebs entfallen, zu erzielen sind: Dadurch kann eine möglichst effiziente Lagerung der Produkte, unter Einsatz spezieller umweltfreundlicher Lüftungs- und Kühlgeräte, die sich erst ab einer gewissen Lagergröße rentieren, garantiert werden. Der Transport erfolgt dezentral mittels e-betriebener Fahrzeuge und die Transportstrecken werden so effizient gelegt, dass keine unnötigen Strecken zurückgelegt werden müssen.
26. Zudem erlaubt der Auftritt unter dem Gemeinschaftsunternehmen den beiden eine bessere Verhandlungsposition gegenüber Supermarktketten und Horeca-Kunden. Zu diesem Zweck verhandelt auch das Gemeinschaftsunternehmen die Preise mit diesen Kunden sowie die allgemeinen Konditionen für den Verkauf der Produkte, damit eine bessere Abwicklung gewährleistet werden kann. Die Preise für den Verkauf kleiner Mengen an den übrigen Einzelhandel sowie Privatkundinnen und -kunden werden jedoch nach wie vor von Anton bzw Chiara selbst festgelegt. Samy bestärkt sie in ihrem Vorhaben und versichert, dass ihr Vorgehen jedenfalls seit der Gesetzesänderung im August 2021 zulässig ist, im Rahmen derer der österreichische Gesetzgeber auch endlich die Bedeutung des Umweltschutzes anerkannt hat. Auch sei dies jedenfalls mit Unionsrecht vereinbar.
27. Der Service von A Cick trifft den Nerv der Zeit: Die Bio-Säfte sind beliebt und bald schon werden sie in die gesamte Ostregion Österreichs geliefert. Der Marktanteil lässt sich zu diesem Zeitpunkt noch nicht verlässlich feststellen, es ist aber von einem kontinuierlichen Wachstum auszugehen, zumal einige Produzentinnen und Produzenten der wir sind bio-Initiative bereits ihr Interesse an der Liefergemeinschaft bekundet haben.
28. Beflügelt von ihrem Erfolg wollen Anton und Chiara nun ein weiteres Herzensprojekt angehen: Im Rahmen ihrer bestehenden Kooperation beauftragen sie ihre Bekannte Tina Tüchtig mit der Programmierung einer Suchmaschine, über die sich Konsumentinnen und Konsumenten umfassend über die Nachhaltigkeit von Lebensmittelhändlern informieren können. Gemeinsam wird die Idee realisiert und „**check your bio**“ geht im Oktober 2021 ins Netz.
29. Die Suchmaschine bietet, gelistet nach unterschiedlichsten Kriterien, umfassende Informationen zu Nachhaltigkeitskonzepten, Sortiment an Bio-Produkten, Abfallmanagement, aber auch Logistik und Transportsystem der Lieferdienste. Auch werden laufend Rankings erstellt, die Unternehmen danach abbilden, ob sie eine nachhaltige Unternehmensstrategie aufweisen, nachhaltige Produkte anbieten, umweltbewusst mit Abfall umgehen oder umweltschonende Verpackungen und Transportmittel verwenden. Die Daten werden dabei mittels eines Algorithmus eingespielt, der diese aus öffentlich zugänglichen Quellen sowie den von den Mitgliedern von wir sind bio freiwillig eingespeisten Daten zusammenträgt, auswertet und sodann in das Ranking einpflegt. Wie zu erwarten, landet Intermarkt weit unten auf dieser Liste.
30. Gleichzeitig werden Suchenden auch Anleitungen und Tipps an die Hand gegeben, wie sie ihr Einkaufsverhalten verbessern können und eine Alternative angeboten, wo sie nachhaltiger bzw umweltschonender einkaufen können. So wird zB anstelle eines großen Supermarktes ein regionaler Bio-Produzent in der Nähe der Konsumentin bzw des Konsumenten vorgeschlagen, wobei die Mitglieder der wir sind bio-Initiative vorrangig gelistet werden, da diese die

---

<sup>3</sup> Vgl. dazu etwa folgenden Beitrag: *Funke/Schneider-Häder*, Onlinehandel mit Lebensmitteln und Getränken – Erfolgsfaktoren für mehr Qualität & Sicherheit, DLG-Expertenwissen 01/2020, abrufbar unter <https://www.dlg.org/de/lebensmittel/themen/publikationen/expertenwissen-foodchain/dlg-expertenwissen-12020>.

Anforderungen an Nachhaltigkeit und Umweltschutz am umfassendsten erfüllen. Zu diesem Zweck werden bei der Verwendung der entsprechenden Suchfunktionen auch die Standortdaten der Verwenderinnen und Verwender abgerufen.

31. Auch wird ein Informationsschreiben über check your bio an die Gruppenmitglieder von wir sind bio versendet. Diesem Informationsschreiben wird von Anton und Chiara ein Aufruf beigefügt, diejenigen Unternehmen zu boykottieren, die in dem Ranking nicht überzeugen können und konkret die Kooperation mit ihnen zu beenden bzw gar nicht erst einzugehen.
32. Mario ist check your bio natürlich nicht entgangen. Als er zudem erfährt, dass ein paar Kooperationen seitens Produzenten gekündigt wurden und die Suchmaschine im Winter 2021 plötzlich auch in den Rankings der reichweitenstärksten Websites Österreichs (wenn auch weit hinten) aufscheint, wird ihm das Ganze doch zu gefährlich. Verärgert meldet er sich bei Anton und Chiara und beschwert sich, warum Intermarkt auf dieser Liste so schlecht gerankt wird, obwohl sie ein Nachhaltigkeitskonzept aufweisen können und einen relevanten Anteil an Bio-Produkten in ihrem Sortiment führen.
33. Doch auch auf Marios Nachfrage kann kein allgemeingültiger Katalog angegeben werden, anhand dessen feststellbar wäre, nach welchen Kriterien das Ratingergebnis zustande kommt. Anton und Chiara verteidigen sich unter anderem damit, dass diese Suchmaschine ohnehin keine Relevanz hätte, da jeder heutzutage Google und nicht vorrangig check your bio verwende. Dem entgegnet Mario, dass das Ranking aber über Google gefunden werden könne und aufgrund mehrerer Skandale um Bio-Lebensmittel in den letzten Monaten auch sehr häufig aufgerufen werde. Zudem generieren die beiden über diese Suchmaschine einen Datenpool, der Rückschlüsse auf das Einkaufsverhalten der Konsumentinnen und Konsumenten zuließe und diese Daten seien in ihrer Branche Gold wert.
34. Anton und Chiara können Marios Aufregung nicht nachvollziehen und lenken nicht ein. Mario beschließt daraufhin, die Angelegenheit seiner Unternehmensjuristin Frieda Freundlich zu übergeben. Frieda ist auch das Gemeinschaftsunternehmen A Cick nicht entgangen, welches sie als Wettbewerbsbeschränkung ansieht, und sie bereitet ein Schreiben an Anton und Chiara vor, in dem sie die beiden auffordert, zu den Vorwürfen Stellung zu nehmen.

### **Aufgabenstellung Antragsteller**

35. Da von Anton und Chiara keine zufriedenstellende Reaktion auf das Schreiben erfolgte, werden Sie nun von Intermarkt kontaktiert und mandatiert: Nach einem weiteren erfolglosen Schriftwechsel, werden Sie nun gebeten einen Antrag an das Kartellgericht vorzubereiten.

### **Aufgabenstellung Antragsgegner**

36. Anton und Chiara gehen davon aus, in Kürze mit einem Verfahren gegen Intermarkt konfrontiert zu sein. Sie werden von den beiden mandatiert und gebeten eine Gegenäußerung vorzubereiten, in der auf die zu erwartenden Vorwürfe und Argumente eingegangen wird. In diesem Zusammenhang möchten Anton und Chiara – soweit möglich – auch gegen die als unfair empfundenen Geschäftspraktiken von Intermarkt vorgehen.