

Im „normalen“ Zivilverfahren jedenfalls können die Parteien den abschließenden gerichtlichen Akt der Tatsachenfeststellung in einem Rechtsmittel bekämpfen, jedoch nicht im kartellgerichtlichen Verfahren<sup>4</sup>. Die einzige Möglichkeit der antragstellenden Amtsparteien, einen unrichtigen/„gefärbten“ Sachverhalt zu bekämpfen, findet sich lediglich im Vorfeld der eigentlichen Gerichtsentscheidung, nämlich bei einer allfällig stattfindenden Gutachtenserörterung im Rahmen einer Tagsatzung. Leider wird der Zeitraum für die Gutachtenserstellung (vor allem in komplexen Fällen) zeitlich derart angesetzt, dass nach Vorlage des Sachverständigengutachtens de facto keine Zeit mehr für eine intensive Auseinandersetzung mit dem Gutachten, Beauftragung weiterer Gutachten oder Durchführung von Vernehmungen bleibt (wobei nicht verkannt wird, dass dies auch Folge des rigiden gesetzlichen Fristenregimes ist). Als Folge dessen endet eine solche Erörterung erfahrungsgemäß meistens in einem „Beharrungsbeschluss“ des Sachverständigen.

Nicht weniger bedenklich stellt sich diese Problematik im Sanktionsbereich (Geldbußenverfahren) dar. Faktum und bezeichnend ist auch, dass das Fehlen einer zweiten Tatsacheninstanz laut Beiratsstudie von der Mehrzahl der Befragten bemängelt wurde<sup>5</sup>.

### 2.2.3. Methodik der Sachverständigen

Obwohl im KartG eindeutig das Bedarfsmarktkonzept festgeschrieben ist, verwenden Sachverständige oftmals stattdessen den SSNIP-Test, der im Ergebnis in der Regel zu größeren Märkten kommt<sup>6</sup>.

In vielen Gutachten wurde anstelle des „strukturorientierten“ Marktbeherrschungstests dem gegenwärtigen wissenschaftlichen „Main-Stream“ zufolge eine Abwandlung des SIEC-Test herangezogen. Der offene Widerspruch zwischen beiden völlig unterschiedlichen Methodenansätzen wird letztendlich mit dem (Schein-)Argument vom Tisch gewischt, dass – solange keine wirksame Reduktion von Wettbewerb festgestellt werden könne, eine Marktbeherrschung nicht vorliegen könne.

Die Gutachter, oft beeinflusst von „modernen“, doch keineswegs wertfreien Methodenansätzen<sup>7</sup>, entfernen sich damit von den Vorgaben

4] S dazu die Grundsatzentscheidung KOG 16 Ok 20/04 (ansatzweise schon 16 Ok 1/05); seither stRsp [zB 16 Ok 43/05, 16 Ok 8/07; 16 Ok 5/08, 16 Ok 1/11 sowie RIS-Justiz RS0109206 und RS0123662]).

5] *Beirat für Wirtschafts- und Sozialfragen*, Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich (2010), 50.

6] Dies erklärt sich aus der Tatsache, dass der SSNIP-Test auf die Entscheidung des „Grenzkonsumenten“ abzielt, hingegen die Betrachtung des „Bedarfsmarktes“ auf den „Durchschnittskonsumenten“ abzielt; vgl dazu auch Klein, SSNIP-Test oder Bedarfsmarktkonzept?, WuW 2010, 169 ff.

7] Detailliert wird auf die unterschiedlichen Ergebnisse im Zusammenhang mit anderen Kriterien unter Punkt 4 und in Anlehnung verschiedener Artikel von Baker/Shapiro eingegangen.